Die Stellung des Testamentsvollstreckers und ihre Durchführung

im Normalfall der Testamentsvollstreckung.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTEN-FAKULTÄT

DER

EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT TÜBINGEN

VORGELEGT

VON

OSKAR SCHMID

JUSTIZREFERENDÄR IN STUTTGART.

STUTTGART

DRUCK VON A. BONZ' ERBEN

1905.

Die Stellung des Testamentsvollstreckers und ihre Durchführung

im Normalfall der Testamentsvollstreckung.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTEN-FAKULTÄT

DER

EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT TÜBINGEN

VORGELEGT

VON

OSKAR SCHMID

JUSTIZREFERENDÄR IN STUTTGART.

STUTTGART

DRUCK VON A. BONZ' ERBEN

1905.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristen-Fakultät
der Universität Tübingen.

Meinen lieben Eltern

zu

ihrer silbernen Hochzeit.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 7

Erstes Kapitel.

Konstruktion und Zweckbetrachtung.

A. Die Konstruktionen 10
I. Stand der Frage 10
II. Die aus den verschiedenen Theorien gezogenen Konsequenzen 16
III. Der methodische Standpunkt bei Entscheidung der Streitfragen 19
B. Die Zweckbetrachtung 20
I. Ausgangspunkt: Wahrnehmung der Interessen des Erblassers 20
II. Verhältnis des Interesses des Erblassers zu den Interessen der Erben und sonstiger Nachlaßbeteiligter 22
III. Konsequenzen aus den bisher (unter I und II) aufgestellten Grundsätzen 25
IV. Die verschiedenen Zwecke, die der Erblasser mit Einsetzung eines Testamentsvollstreckers verfolgen kann . . 27
V. Die Gegenüberstellung des Normaltypus zu den besonderen Typen im BGB 32

Zweites Kapitel.

Die Stellung des gewöhnlichen Testamentsvollstreckers auf dem Gebiet des Privatrechts.

I. Die Aufgaben 33
II. Die dem Testamentsvollstrecker zur Erfüllung der Aufgaben eingeräumten Befugnisse 45
1. Die regelmäßigen Befugnisse 45
2. Dehnbarkeit der Befugnisse 56

Seite

III. Konsequenzen für die Stellung des Erben 63
IV. Das Verpflichtungsverhältnis gegenüber dem Erben und gegenüber anderen Personen 68
V. Verhältnis zu Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs . 72
VI. Die Konstruktionsfrage 77

Drittes Kapitel.

Die Stellung des gewöhnlichen Testamentsvollstreckers auf dem Gebiet des Prozeßrechts.

I. Die Fälle, in denen der Testamentsvollstrecker zur Prozeßführung legitimiert ist 82
1. Die im Gesetz positiv geregelten Fälle 82
2. Die Fälle sicher zu erschließender Legitimation . . 92
3. Die zweifelhaften (bestrittenen) Fälle 94
II. Die Stellung des Erben im Rechtsstreit des Testamentsvollstreckers 107
III. Frage der Konstruktion 113
Benützte Literatur 117

Einleitung.

Der Grundgedanke, aus dem das Institut der Testamentsvollstreckung hervorging und auf dem es auch heute noch, — trotz der verschiedenartigen Gestaltungen, welche es im Lauf der Zeit erlitt, — beruht, liegt in dem Bestreben des Menschen, die Durchführung seines Willens auch nach seinem Tode zu bewirken und zu sichern.

Dem römischen Recht war die Testamentsvollstreckung unter diesem Namen fremd. Ein ähnliches Institut, das im Grunde den gleichen Zweck verfolgte, findet sich jedoch in dem römischen familiae emtor. Während in der altrömischen Zeit ein Testament nur vor der Volksversammlung errichtet werden konnte, kam später das Manzipationstestament zur Geltung: der Testator manzipierte sein Vermögen an den familiae emtor und machte ihm dabei die Ausführung der in den tabulae testamenti niedergelegten letztwilligen Verfügungen zur Pflicht. Der familiae emtor wurde formell zum Eigentümer des Nachlasses gemacht, materiell aber verpflichtet, den Nachlaß an die Testamentserben auszufolgen. Später allerdings sank der familiae emtor zu einer bloßen Solennitätsperson bei Errichtung des Testaments herab.[1]

Das Institut der heutigen Testamentsvollstreckung hat denn auch seinen Ursprung nicht in dem römischen familiae emtor, sondern im alten deutschen Recht. Es wurde indirekt hervorgerufen durch das damals herrschende Verbot der gewillkürten Erbfolge. Der Nachlaß einer Person fiel nämlich unter allen Umständen den gesetzlichen Erben, den durch die Bande des Blutes mit dem Erblasser verbundenen Personen, zu. Erst allmählich wurde es gestattet, auch Dritten, außerhalb des Verwandtenkreises stehenden

---

[1] Vgl. Hermann Deutsch „Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im Römischen Recht.“ Berlin 1899 und hiezu Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Folge, Bd. 9, S. 501.

Personen Zuwendungen von Todeswegen zu machen, und man erreichte dies dadurch, daß man den Gegenstand der Zuwendung einem Treuhänder, „Salman", zu Eigentum übertrug mit der Verpflichtung, ihn nach dem Tode des Erblassers an den Bedachten abzuliefern. Schließlich bestand kein Hindernis mehr, zu diesem Zwecke das Eigentum am ganzen Nachlaß dem Salman zu übertragen, wobei sich dann gewöhnlich der Erblasser das lebenslängliche Nutzungsrecht vorbehielt.[1]

Die Rezeption des römischen Rechts brachte dann auch in Deutschland die Testamente zur Geltung; die Eigentumsübertragung an einen Treuhänder ward deshalb entbehrlich und die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ein rein erbrechtliches Geschäft ohne sachenrechtliches Moment. Da das römische Erfordernis der Notwendigkeit einer Erbeinsetzung im Testament in Deutschland zuerst nicht aufgenommen wurde, so bestanden vielfach und überwiegend die damaligen Testamente, wie Beseler sagt, in „Aggregaten einzelner Vermächtnisse"; wollte nun der Erblasser die Sorge für die Vollziehung dieser Testamente nicht der Pietät und dem guten Willen der gesetzlichen Erben anheimstellen, so ernannte er im Testament eine unbeteiligte dritte Person zum Testamentsvollstrecker. Das Institut des Testamentsvollstreckers erhielt sich auch dann, als mit der vollständigen Rezeption des römischen Rechts der Gedanke der Universalsuccession und der Grundsatz, daß jedes Testament eine Erbeinsetzung enthalten müsse, streng durchgeführt wurde, und hiemit in der Person des Testamentserben eine zur Ausführung des letzten Willens verpflichtete Person vorhanden war. Wenn trotzdem Testamentsvollstrecker ernannt wurden, so hatte das seinen Grund, — abgesehen davon, daß das Institut eben im deutschen Rechtsleben sehr feste Wurzel gefaßt hatte, — in denselben Erwägungen, die noch heute den Erblasser meist zur Anordnung einer Testamentsvollstreckung bestimmen. Es ist dies teils ein gewisses Mißtrauen gegen den Erben, welches den Erblasser für die Ausführung seiner Wünsche fürchten läßt, teils das Bestreben, die

[1] Vgl. im einzelnen über die geschichtliche Entwicklung Beseler, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. IX, Schmidt, Die Affatomie der Lex Salica, Schulze, Die longobardische Treuhand, und: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern.

vielleicht geschäftsunkundigen Erben von der Liquidation zu entlasten, teils andere Erwägungen (s. unten 1. Kap., B. IV).

Es ist nun eine Frage der Gesetzgebung, wie weit der Schutz des erblasserischen Interesses an der Verwirklichung seines letzten Willens gehen darf gegenüber dem auf der anderen Seite stehenden Interesse des Erben an der Freiheit seines Rechts am Nachlaß von hemmenden Beschränkungen. Je nachdem die Antwort mehr zugunsten des Erblassers oder mehr zugunsten des Erben ausfällt, gestaltet sich der Kreis der Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers weiter oder enger. Die neueren Partikularrechte gingen in dieser Hinsicht auseinander. Im allgemeinen herrschte die Tendenz vor, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers einzuschränken. Die bescheidenste Stellung war dem Testamentsvollstrecker im Sächsischen Gesetzbuch und im Code civil zugewiesen; seine Tätigkeit war hier wesentlich überwachender Natur. Weiter ging das Preußische Allgemeine Landrecht, indem es ihm die Ausmittlung, Konstituierung und Verwaltung des Nachlasses als regelmäßige Aufgabe übertrug, und die freieste Stellung gab ihm das Bayerische Gesetzbuch.

Das BGB lehnt sich an keines der eben erwähnten Partikularrechte an; es regelt die Stellung des Testamentsvollstreckers auch ungleich eingehender, als diese, in den §§ 2197—2228. Im Gegensatz zu der Stellungnahme des I. Entwurfs, der auch mehr die Tendenz verfolgte, die Macht des Testamentsvollstreckers zu beschränken, ging man bei der Beratung des II. Entwurfs von dem Gedanken aus, bei Neuregelung der Testamentsvollstreckung müsse an die geschichtliche Entwicklung des Instituts angeknüpft und dementsprechend die Stellung des Testamentsvollstreckers möglichst frei und selbständig gestaltet werden; die einschränkende Bewegung, von der die Partikularrechte beherrscht waren, wurde als rückläufig bezeichnet. Diese Erwägung führte dazu, daß im BGB der Normaltypus eines Testamentsvollstreckers aufgestellt und dessen Stellung zu einer möglichst unabhängigen gemacht wurde. Dem Erblasser bleibt es dann nach dem Gesetz immer noch unbenommen, einen Testamentsvollstrecker mit geringeren Machtbefugnissen und einem beschränkteren Kreis von Aufgaben zu ernennen.

Erstes Kapitel.

Konstruktion und Zweckbetrachtung.

A. Die Konstruktionen.

I. Stand der Frage.

Bei der Frage nach der Stellung des Testamentsvollstreckers oder nach dem Wesen der Testamentsvollstreckung wird gewöhnlich ausgegangen von der rechtlichen Konstruktion der TV.-ung. Wohl kaum sind über ein rechtliches Institut so viele Theorien aufgestellt worden als gerade über das der TV.-ung. Wenn auch heute manche dieser Theorien als abgetan gelten können, so ist trotzdem noch ein großer Schritt bis zur Einigung.

Die über die rechtliche Natur der TV.-ung aufgestellten Theorien sind im wesentlichen folgende:

A. Die unter der Herrschaft des gemeinen bezw. preußischen Rechts aufgestellten Thorien:

1. Die älteste ist die „Vormundschafts-Theorie". Die Jurisprudenz des 16. und 17. Jahrhunderts zog bei Entwicklung der Lehre von der TV.-ung Analogieschlüsse aus der römischen Tutel. Wenn auch zuzugeben ist, daß die beiden Institute gewisse Ähnlichkeiten aufweisen, so kann doch von einer Analogie nicht die Rede sein, und diese, heute vollständig aufgegebene Theorie[1] wurde denn auch Ende des 18. Jahrhunderts verlassen.

2. Verdrängt wurde die Vormundschaftstheorie hauptsächlich durch die allmählich aufkommende „Mandats-Theorie". Die Vertreter dieser Theorie nahmen an, daß durch die Bestellung des Exekutors von seiten des Erblassers ein Mandatsverhältnis begründet werde. Auch diese Konstruktion, von welcher das ALR und das Württ. Landrecht (Tit. 27) beherrscht war, kann heute als abgetan

[1] Ein Verteidiger derselben aus neuerer Zeit ist Windscheid, Pand. III § 567.

gelten; ihre Unhaltbarkeit wurde zuerst von Beseler[1] mit aller Sicherheit nachgewiesen.

3. Aus dem Kanonischen Recht stammt die ebenfalls schon durch Beseler[2] wiederlegte „Arbiter-Theorie", nach welcher der TV. als ein Schiedsrichter anzusehen sei; diese Theorie, welche zweifellos das Wesen der TV.-ung nicht trifft, hat, vollends für das jetzige Recht, keine Bedeutung mehr.

4. Von Koch[3] wurde die TV.-ung als eine Art des Vermächtnisses bezeichnet, sog. Legats-Theorie; daß das Wesen der TV.-ung aber nicht in der Erlangung eines Vermögensvorteils aus dem Nachlaß liegt, bedarf keiner weiteren Ausführung.

5. Beseler begründete die Theorie von der sog. „formellen Repräsentation"; das Institut der TV.-ung enthalte eine Erweiterung der Testierfreiheit und begründe eine Repräsentation des Erblassers durch den Exekutor, welche im Gegensatz zu der materiellen Vermögensvertretung durch den Erben als eine formelle sich darstelle, — in ihrer Wirkung beschränkt durch den Willen des Erblassers und das Interesse der Erben und Vermächtnisnehmer.[4] Die Unhaltbarkeit dieser Scheidung in formelle und materielle Repräsentation wurde mehrfach nachgewiesen, und Beseler selbst mußte zugeben, daß man mit diesem Prinzip nicht auslange, und daß es nicht imstande sei, alle Schwankungen und Unbestimmtheiten zu entfernen.

6. In der Mitte des 19. Jahrhunderts gelangten die Theorien zur Herrschaft, welche den Begriff der Stellvertretung zugrunde legten. Die einen stellten den Satz auf, der TV. vertrete den Erben auf Grund einer vom Erblasser letztwillig erteilten Vollmacht (Hinschius, Förster, Unger, Gerber, Gruchot); die anderen (insbesondere Dernburg) sahen in dem TV. den Vertreter des Nachlasses. Der letzteren Ansicht neigte sich auch Sturm in seiner Schrift „Die Lehre von den Testamentsvollziehern nach gemeinem und preußischem Rechte" zu; er erklärte die TV.-ung für eine selbständige Art der letztwilligen Anordnungen, in welcher eine Vollmacht zur Ausführung des letzten Willens erteilt werde; die Stellung des TV. sei eine doppelte, indem er einmal den Nachlaß vertrete,

---

[1] Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 9 S. 166 ff.
[2] a. a. O. S. 171.
[3] Preuß. Erbrecht S. 339.
[4] Beseler, System S. 680 f.

dann aber auch als Verwalter eines fremden Vermögens erscheine, weil der Nachlaß dem Erben eigentümlich gehöre.

7. Die Praxis des gemeinen und preußischen Rechts gelangte, wie bei der Mannigfaltigkeit der aufgestellten Theorien zu erwarten war, nicht zu einer einheitlichen Auffassung. Manche Erkenntnisse sprachen sich für die Mandatstheorie aus, andere bezeichneten den TV. als Vertreter des Erben,[1] andere als Vertreter des Nachlasses.

B. Die heute, unter der Herrschaft des BGB vertretenen Theorien:

Über die rechtliche Natur der Stellung, die der TV. nach BGB einnimmt, ist ebenfalls schon eine große Musterkarte von Theorien aufgestellt worden. Von den bisher (unter A) angeführten Konstruktionen behaupten sich heute nur noch die zuletzt erwähnten, welche in dem TV. den Vertreter, sei es des Erben, sei es des Nachlasses, erblicken.

1. Die Erbenvertretungstheorie wird hauptsächlich verfochten von Brettner (S. 227), Cosack (II. S. 770), Enneccerus-Lehmann (II. S. 812), Goldfeld (S. 82, 92), Jäger (S. 40 Anm. 14), Böhm (Lehrb. S. 177). Nach Brettner ist der TV. innerhalb der ihm zugewiesenen Rechtsmacht gesetzlicher Vertreter des Erben mit bestimmten Besonderheiten. Als solche hebt Brettner (S. 230) folgende hervor: Der gesetzliche Vertreter dürfe seine Stellung nicht einseitig aufgeben, der TV. dürfe es; der gesetzliche Vertreter habe die Vertretung in allen Prozessen, beim TV. gelte diese Ausschließlichkeit nicht; während ein Rechtsstreit zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Vertretenen innerhalb der Dauer der Vertretung nicht stattfinden könne, sei dies im Verhältnis des TV. zum Erben möglich; endlich sei der TV. kein gesetzlicher Vertreter im Sinne der CPO. — Cosack (ähnlich Goldfeld und Enneccerus) formuliert seine Ansicht dahin, daß der TV. Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses sei. — Jäger (ähnlich Böhm) bemerkt: soweit die Verwaltung des TV. reiche, sei dem Erben die Verfügung versagt; insoweit sei der TV. Vertreter des Erben. Mit seiner Auffassung sei es auch[2] wohl vereinbar, daß die Rechtshandlungen des TV. Nachlaßrechte und Nachlaßverbindlichkeiten erzeugen; der

[1] Vgl. Entsch. des R.G. 9 S. 210, 16 S. 189, 28 S. 296.
[2] Gegen Dernburg, Preuß. Priv.-R. III § 164 II.

TV. vertrete eben den Erben als Erben, als Subjekt eines Sondervermögens.

2. Namhafte Anhänger hat die Theorie, welche in dem TV. den Vertreter des Nachlasses sieht. Die Begründungen zwar, welche die einzelnen Anhänger dieser Ansicht geben, und die Einzelausgestaltungen weichen teilweise von einander ab, aber das Resultat ist bei allen im Prinzip das gleiche.

In erster Linie kommt hier Dernburg[1] in Betracht, welcher seine schon für das gemeine Recht aufgestellte Ansicht, der TV. besorge als Vertreter des Willens des Verstorbenen die Nachlaßgeschäfte und handle für den Nachlaß, einer der hereditas iacens ähnlichen Vermögensgesamtheit, auch für das BGB aufrecht erhält.

Eccius[2] konstruiert die Verwaltung des Nachlasses durch den TV. als eine eigentümliche juristische Persönlichkeit; die Verwaltung werde als Rechtssubjekt mit einem besonderen Kreis von Aktiven und Passiven fingiert.

Hellwig[3] erklärt den Nachlaß für ein von ihm sogenanntes „selbständiges Sondervermögen". Als solche bezeichnet er alle diejenigen Vermögensmassen, deren Verwaltung ihrem Subjekt entzogen und einem Verwalter übertragen sei, der die Verwaltungshandlungen im Namen der Vermögensmasse vorzunehmen habe. Diese gehöre zwar einer bestimmten Person und sei deshalb keine juristische Person; trotzdem aber werde sie solange gleich einer solchen behandelt, als die Trennung des Sondervermögens von dem freien Vermögen dauere. Hand in Hand mit der Ausschließung des Verwaltungsrechts des Subjekts des Sondervermögens gehe die Organisation einer Verwaltung, die es ermögliche, daß das Sondervermögen als eine geschlossene Einheit in den Rechtsverkehr treten könne (Lehrb. S. 295). Vertreter des im Nachlaß sich darstellenden selbständigen Sondervermögens sei der TV., vorausgesetzt, daß er zur Verwaltung berufen sei; andernfalls (wenn er nur andere Aufgaben zu erfüllen habe) stehe die Verwaltung dem Erben zu, und die Befugnis des TV., für die Ausführung der letztwilligen Anordnungen zu sorgen und von dem Erben oder Vermächtnisnehmer die Ausführung zu verlangen (§§ 2208$_2$, 2223 BGB) könne nur als ein

[1] Pand. III § 124; Preuß. Priv.-R. a. a. O.
[2] Preuß. Priv.-R. S. 456 f.
[3] Anspr. § 33, Lehrb. S. 301 ff.

ihm suo nomine zustehendes Recht derselben Art aufgefaßt werden, wie sie uns bei demjenigen begegne, der die Erfüllung der Auflage verlangen könne (Lehrb. S. 301).

Zu den Anhängern dieser Theorie wird allgemein auch Sturm gerechnet. Er sieht in der TV.-ung[1] — unter Ablehnung der Vertrags- und Stellvertretungstheorien des Obligationenrechts und unter Festhalten seiner schon vor Inkrafttreten des BGB gefaßten Meinung — ein „positives Institut" des Erbrechts, ruhend auf der germanischen Treue über den Tod hinaus, die der Staat schütze und gesetzlich regle; dieses Rechtsinstitut gebe dem TV. das Recht und die Pflicht, dem Erblasser die Treue über den Tod hinaus zu wahren, und zum Zweck der Vollziehung seines Willens den Nachlaß zu vertreten. Trotzdem also Sturm hier von Vertretung des Nachlasses spricht, will er hierunter offenbar eine Vertretung im technischen Sinn nicht verstanden haben (S. 73), da er ja ausdrücklich die Stellvertretungstheorien des Obligationenrechts ablehnt und die TV.-ung als ein positives Institut ohne Analogie im Vertrags- oder Erbrecht (S. 59) konstruiert.

3. Von Meischeider (S. 459) und Rüger (S. 469) wird — wohl in Anlehnung an Beseler's Theorie von der formellen Repräsentation — eine dritte Vertretungstheorie aufgestellt: der TV. sei Vertreter des Erblassers; dessen Wille werde als fortlebend gedacht, und das von seinen Vorschriften allein abhängige Organ sei der TV.

4. In der modernen Literatur ziemlich stark verbreitet und auch in der Praxis überwiegend angenommen ist eine Ansicht, welche insbesondere gegen die Annahme, der TV. nehme eine Vertreterstellung ein, sich wendet. Diese Theorie konstruiert die Stellung des TV. als „Amt", ein Begriff, welchen auch das BGB gebraucht und der nicht in öffentlich-rechtlichem, sondern in privatrechtlichem Sinn verstanden sein soll, insofern damit die zivilrechtlich selbständige Stellung des TV., namentlich dem Erben gegenüber ausgedrückt werde. Hienach seien dem TV. seine Befugnisse zu eigenem Recht gegeben, er übe sie in eigenem Namen aus und zwar auf Grund des vom Gesetze getragenen letzten Willens des Erblassers und zum Zweck der Vollziehung dieses Willens (so Planck-Ritgen, Vorb. vor § 2197, und ähnlich Strohal, Marcus, Frommhold, Fischer-

[1] S. 15, 37.

Henle u. A.). Dieser Ansicht ist wohl auch Endemann (III S. 218), welcher ausführt, der TV. nehme eine fiduziarische Stellung ein und übe eine zivilrechtliche Gewalt zu eigenem Rechte aus.

5. Ebenfalls gegen die Annahme eines Vertreter-Verhältnisses wendet sich Seckt (S. 28). Er nennt den TV. das „Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers". Der Organbegriff sei überall dort gegeben, wo Jemand für ein rechtlich anerkanntes Interesse ohne physischen Träger in einer der technischen Stellvertretung fremden Selbständigkeit tätig werde. Dieser Begriff sei der Gegensatz zum Begriff des Stellvertreters und habe bei der TV.-ung nicht nur nicht Existenzberechtigung, sondern könne nicht entbehrt werden. Auch der TV. stehe, wie das Organ einer juristischen Person, im Dienste eines Interesses, das von der Rechtsordnung — das Einzelindividuum überdauernd — pietätvoll geachtet und geschützt werde, nämlich des Interesses des verstorbenen Erblassers an der Vollziehung seines letzten Willens. Das Interesse sei hier nicht zur juristischen Person erhoben, aber dies sei für die Stellung des Organs nicht wesentlich, sondern eine Frage der Zweckmäßigkeit. Die Zwecke der TV.-ung lassen sich ohne Subjektivierung des erblasserischen Willens verwirklichen.

6. Von einigen neueren Schriftstellern wird die Stellung, die der TV. nach dem BGB einnimmt, als eine Doppelstellung aufgefaßt. So erklärt Weißler (S. 179) den TV., soweit er den Nachlaß verwalte, für den Vertreter des Erben, im übrigen für ein „Organ vorbeugender Rechtspflege". Nach Wilke-Reatz (Vorb. vor § 2197) bekleidet der TV. einen Vertrauensposten, kraft Berufung des Erblassers, in Unabhängigkeit von dem Erben, als Amt; insoweit aber, als die Verfügungsbeschränkung des Erben reiche, sei der TV. gesetzlicher Vertreter des Erben als nicht prozeßfähiger Partei. Herzfelder (S. 442 f.) unterscheidet: der TV. sei in jedem Fall Inhaber eines Amtes; hierauf beschränke sich seine Rechtsstellung, insoweit ihm die Verwaltung des Nachlasses nicht zustehe; der TV. sei aber weiter, insoweit und insolange ihm eine Verwaltung des Nachlasses zustehe, gleichzeitig auch Vertreter des Erben in Ansehung der seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände und bezw., wenn der ganze Nachlaß seiner Verwaltung unterstehe, aller den Nachlaß bildenden Rechte und Pflichten, da deren Ausübung bezw. Erfüllung ihm an Stelle des Erben obliege.

7. In neuester Zeit endlich ist Schultze (Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.) mit einer eigenartigen Ansicht hervorgetreten. Der TV. hat nach seiner Auffassung ein „begrenztes dingliches Recht am Nachlaß". Der Inhalt des Rechts sei freilich sehr ausgedehnt, trotzdem aber bestehe ein dingliches Recht an fremder Sache. Ein Gegengewicht bilde die zeitliche Begrenztheit der TV.-ung.

II. Die aus den verschiedenen Theorien gezogenen Konsequenzen.

1. Auf dem Gebiete des Privatrechts.

Die Konstruktionsfrage hat auf dem Gebiet des Privatrechts seit dem Inkrafttreten des BGB sehr an Bedeutung verloren. Die gesetzlichen Regelungen, welche das Institut der TV.-ung vor diesem Zeitpunkt erfahren hat, waren äußerst dürftig: sowohl das ALR als das Österreichische und Sächsische Gesetzbuch, als auch der Code civil beschränken sich auf wenige Bestimmungen; es war deshalb der Ausgestaltung des Instituts durch die Theorie und Praxis ein sehr weiter Spielraum gegeben. So konnte es nicht ausbleiben, daß sich eine Reihe von Streitfragen erhoben, und hier bildete nun die Konstruktion der Stellung des TV. bei vielen Schriftstellern und auch bei Gerichtsentscheidungen die Quelle, aus welcher das Detailrecht abgeleitet wurde. Daß sich bei der Mannigfaltigkeit der Konstruktionen die widersprechendsten Lösungen ergaben, ist nicht zu verwundern. Das BGB hat nun durch eine eingehende Regelung des Instituts nach seiner privatrechtlichen Seite hin eine Reihe von Streitfragen aus der Welt geschafft. Es bleiben jetzt nur noch einige Punkte übrig, die — im BGB nicht ausdrücklich entschieden — zu Zweifeln Anlaß geben können, und hier werden dann noch immer Schlüsse aus der Konstruktion gezogen.

Die Erbenvertretungstheorie zieht folgende Konsequenzen:

a. Hat der TV. in unzulässiger Weise, unter Überschreitung seiner Befugnis, Verbindlichkeiten eingegangen, so haftet der TV. dem Gläubiger nach den Grundsätzen des § 179 BGB im Falle vollmachtloser Stellvertretung.

b. Dem TV. ist das Kontrahieren mit sich selbst nur unter den Voraussetzungen des § 181 BGB gestattet.

c. Der TV. übt das Besitzrecht der Erben in deren Vertretung aus; die Erben sind vertreten, nicht mittelbare Besitzer (so Herzfelder und Weißler).

d. Der TV. haftet aus den von ihm für den Nachlaß eingegangenen Verbindlichkeiten nicht persönlich (Cosack).

e. Der Erbe hat ein Verschulden des TV. nach Vorschrift von § 278 BGB zu vertreten; die Erben tragen die Gefahr von Unterschlagungen des TV. (Weißler).

Auf die Würdigung dieser Konsequenzen und die Stellung der übrigen Konstruktionen zu ihnen soll erst unten im Lauf der Darstellung eingegangen werden.

Die Theorie, welche den TV. als Vertreter des Nachlasses ansieht, zieht hieraus den Schluß, daß Vereinbarungen der Erben bei Ausführung der letztwilligen Verfügungen den TV., — wie übrigens allgemein anerkannt wird, — prinzipiell nicht binden.

Die Mandatstheorie zieht den Schluß auf die Anwendbarkeit der Grundsätze über den Auftrag. Das BGB hat in § 2218 die entsprechende Anwendung einiger für den Auftrag geltender Vorschriften auf das Rechtsverhältnis zwischen TV. und Erben vorgeschrieben; hiemit hat das Gesetz die von der Mandatstheorie gezogene Konsequenz akzeptiert, ohne sich jedoch dadurch zu dieser Theorie überhaupt zu bekennen (s. auch unten bei III).

Die anderen Konstruktionen beschränken sich meist darauf, die im Gesetz ausgesprochenen Rechtssätze als Folgerungen hinzustellen. Übrigens werden nicht bloß aus der Konstruktion Schlüsse über die Stellung des TV. im einzelnen gezogen, sondern auch aus den von dem TV. zu vertretenden Interessen, so z. B. über die Stellung des TV. gegenüber den Miterben und einem übereinstimmenden Beschluß derselben.

2. Auf dem Gebiete des Prozeßrechts.

Trotzdem die CPO und das BGB auch eine Anzahl von Vorschriften prozeßrechtlicher Natur über die TV.-ung enthalten, ist die Reihe der vom Gesetz nicht entschiedenen Fragen auf dem Gebiet des Prozeßrechts nicht unbedeutend. Wie bei den Instituten des Konkurs- und Nachlaßverwalters, Sequesters etc. ist hier die Konstruktionsfrage von prinzipieller Bedeutung. Ist der TV. in den von ihm als solchem geführten Prozessen Partei oder Vertreter, sei es des Erben oder des Erblassers oder des Nachlasses als juristische Person oder als Sondervermögen? Die Beantwortung dieser Frage ist maßgebend für eine Reihe von nicht unwichtigen Entscheidungen.

Diejenigen, welche den TV. als Partei ansehen (also alle oben genannten Theorien, soweit sie keine Vertreterstellung des TV. behaupten), ziehen daraus folgende Konsequenzen:

a. Der Erbe kann in den Prozessen des TV. als Zeuge und Nebenintervenient auftreten.

b. Eideszuschiebung an den TV. ist möglich; § 473 CPO findet nicht Anwendung.

c. Der TV. ist zu allen Prozeßhandlungen, insbesondere auch zu Verzicht, Vergleich und Anerkenntnis befugt.

d. Bei Klagen gegen den TV. treffen nicht nur die Vorschriften der §§ 27, 28 CPO, sondern auch die der §§ 13, 16 CPO zu, so daß Klagen gegen den TV. auch in dessen allgemeinem Gerichtsstand erhoben werden können.

e. Zwischen dem Erben und dem TV. können während der Dauer der Verwaltung Prozesse geführt werden.

Abgelehnt werden aber die folgenden Konsequenzen, die zweifellos unhaltbar wären, aber von den Gegnern als notwendig aus der Parteistellung des TV. sich ergebend hingestellt werden: daß der TV. persönlich für die Prozeßkosten hafte, daß Widerklagen aus der Person des TV. zulässig seien, und daß im Falle des Todes des TV. dessen Rechtsnachfolger gemäß § 239 CPO an seine Stelle trete.

Zu denselben Resultaten kommt die Hellwigsche Konstruktion und die übrigen, welche in dem TV. den Vertreter des Nachlasses sehen, wohl auch Meischeider und Rüger. Nur bezüglich der Frage des Gerichtsstandes schließt Hellwig auf die Anwendbarkeit des § 17 CPO., weil nach seiner Theorie der Nachlaß wie eine juristische Person zu behandeln ist.

Durchaus entgegengesetzte Resultate dagegen erzielen die Anhänger der Erbenvertretungstheorie: Partei in den von dem TV. geführten Prozessen ist nach ihrer Ansicht nicht der TV., sondern der von diesem vertretene Erbe, der deshalb in diesen Prozessen weder Zeuge noch Nebenintervenient sein kann; Eide können von dem TV. nur nach Maßgabe von § 473 CPO. geleistet werden; Klagen können im allgemeinen Gerichtsstand des Erben, nicht des TV. erhoben werden; bei Wechsel in der Person des TV. gelten die gleichen Regeln wie beim Wechsel eines Vertreters. Die Möglichkeit von Prozessen zwischen dem TV. und dem Erben wird

zwar zugegeben, allein es wird dies teils als Besonderheit erklärt, teils wird, wo diese Möglichkeit denkbar ist, behauptet, der TV. trete in diesen Prozessen nicht als Vertreter des Erben, sondern in eigenem Namen auf (vgl. z. B. bei Herzfelder).

In Erkenntnis der Wichtigkeit der unter dem Schlagwort: „Ist der TV. Vertreter oder Partei?“ zusammengefaßten Fragen ist schon bei den Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages[1] Justizrat Levy energisch dafür eingetreten, daß der Standpunkt, die Frage nach der Stellung des TV. der Wissenschaft zu überlassen, mißbilligt und darauf hingewirkt werden möge, daß das neue Gesetz diese Frage ausdrücklich entscheide. Von der Mehrheit wurde jedoch ein in diesem Sinne gehaltener Antrag nicht angenommen, und auch das BGB hat die Frage nicht entschieden.

III. Der methodisohe Standpunkt bei Entscheidung der Streitfragen.

1. Es ist außer allem Zweifel, daß weder das BGB noch die CPO eine bestimmte Konstruktion ausdrücklich zugrunde legen, so daß der gesetzliche Befehl vorläge, die Konsequenzen aus einer bestimmten Konstruktion zu ziehen. Der vom I. Entwurf eingenommene Standpunkt, den TV. ausdrücklich als „Vertreter des Erben“ zu bezeichnen, wurde verlassen, und die Protokolle heben hervor, daß die Lösung der Konstruktionsfrage der Wissenschaft und Praxis überlassen bleibe. Auch aus § 2218 BGB kann, wie schon hervorgehoben wurde, nicht geschlossen werden, daß das BGB die Mandatstheorie zugrunde gelegt wissen wolle. Wenn das Gesetz in § 2218 die entsprechende Anwendung einiger für den Auftrag geltender Vorschriften befahl, so hat es damit weder die Mandatstheorie angenommen, noch auch, wie Sturm (S. 85) sich ausdrückt, eine logische Verkehrtheit begangen; denn Tatsache ist, daß die in § 2218 herangezogenen Bestimmungen ganz gut entsprechend auf das Verhältnis des TV. zum Erben angewendet werden können. Das BGB hat eben auch in diesem Fall, wie in vielen anderen, die entsprechende Anwendung mancher schon ausdrücklich an anderer Stelle ins Gesetzbuch aufgenommener Bestimmungen vorgeschrieben, um das Gesetz durch Wiederholungen nicht zu umfangreich zu gestalten. Wenn ferner das BGB bei der TV.-ung von einem „Amt“

[1] Vhdlgn. Bd. III S. 238 ff.

spricht, so ist damit auch noch keineswegs gesagt, daß die Theorie, welche den TV. als Partei kraft Amtes bezeichnet, dem BGB zugrunde liege, und daß hierin der gesetzliche Befehl, die Konsequenzen aus dieser Theorie zu ziehen, zu finden sei. Dies wird auch allgemein von den Vertretern der ebengenannten Theorie zugegeben.

2. Fehlt es hienach an einer vom Gesetz ausdrücklich anerkannten Konstruktion, aus der Konsequenzen für die Stellung des TV. im einzelneu gezogen werden könnten, so muß es eine andere Quelle geben, aus der das nicht ausdrücklich geregelte Detailrecht geschöpft werden kann. Diese Quelle bilden entweder Analogieschlüsse aus den positiven Bestimmungen des Gesetzes oder allgemeine Zweckbetrachtungen. Es wird deshalb zu untersuchen sein, welche Interessen der TV. wahrzunehmen hat und welche Zwecke das Institut der TV. verfolgt.

Erst nach der Darstellung des geltenden Rechts wird die Frage der Konstruktion zu erörtern sein. Ihre Bedeutung liegt, wie aus dem Gesagten hervorgeht, nicht darin, daß sie eine Quelle zur Schöpfung des Detailrechts bilden soll, sondern in der Zusammenfassung der geltenden Rechtssätze (vgl. unten 2. Kap. VI).

B. Die Zweckbetrachtung.

I. Ausgangspunkt: Wahrnehmung der Interessen des Erblassers.

Das Institut der TV.-ung ruht auf dem Bedürfnis des Erblassers, eine Garantie dafür zu bekommen, daß sein letzter Wille von den Erben und den anderen Nachlaßbeteiligten geachtet, und daß der diesem Willen entsprechende Zustand auch wirklich hergestellt werde. Aus diesem Gedanken ging zunächst der „Salman“ hervor, dem ursprünglich das nach dem Tode des Erblassers zu vergebende Vermögen unter Lebenden ausgehändigt wurde, und dieser Gedanke blieb auch bestehen, als das Institut des Salmans seinen dinglichen Charakter verlor und sich zu dem rein erbrechtlichen Institut der TV.-ung umgestaltete. Die von dem Erblasser gewünschte Garantie liegt nun eben darin, daß eine ihn überlebende Person — Salman, TV. — verpflichtet wird, den letzten Willen des Erblassers durchzusetzen, bezw. für seine Verwirklichung zu sorgen, überhaupt dis

Interessen des Erblassers wahrzunehmen. Trotz der Wandlungen, welche die TV.-ung im Laufe der Rechtsentwicklung durchgemacht hat, bildete jederzeit die Wahrnehmung der Interessen des Erblassere den Ausgangspunkt.

Daß auch das BGB die Wahrnehmung der Interessen des Erblassers zum Ausgangspunkt nimmt, geht aus seiner Entstehungsgeschichte und aus seinen positiven Bestimmungen mit aller Deutlichkeit hervor.

Schon die Motive und dann ganz besonders die Protokolle der zweiten Kommission sprechen allenthalben davon, daß der Wille des Erblassers, soweit er nicht mit dem Gesetze in Widerspruch stehe, für den TV. die oberste Norm bilden müsse. Vielfach wurden zweifelhafte Fragen, welche bei den Kommissionsberatungen zur Erörterung kamen, unter Hinweis auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers entschieden. Besonders deutlich tritt der allgemeine Standpunkt der Gesetzgeber in den Protokollen V, S. 280 ff., wo es sich um das Verfügungsrecht des TV. über den Nachlaß handelt, hervor; es wird hier zunächst die geschichtliche Entwicklung kurz berührt und dann bemerkt, bei einer Neuordnung müsse man an diese Entwicklung anknüpfen und dem TV. eine freiere Stellung gewähren, welche sowohl den Zwecken seines Amtes als auch dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspreche; der Erblasser berufe einen TV., damit sein letzter Wille zur Ausführung gelange; Zweck der TV.-ung sei, den letzten Willen des Erblassers zur Durchführung zu bringen, und hiezu müsse dem TV. ein absolut freies Verfügungsrecht gewährt werden. Überall wird der letzte Wille des Erblassers und seine Durchführung zum Ausgangspunkt genommen; was ist aber die Ausführung des letzten Willens des Erblassers anderes als Wahrnehmung seiner Interessen?

Die Bestimmungen des BGB selbst entsprechen ebenfalls durchaus dieser Auffassung. Die erste Aufgabe des TV. wird in den Satz zusammengefaßt: Der TV. hat die letztwilligen Anordnungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203). Für den Fall, daß der TV. Verfügungen des Erblassers nicht selbst auszuführen hat, kann er die Ausführung von dem Erben (eventuell im Wege der Klage) verlangen, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2208 Abs. 2). Gerade die letztere Bestimmung zeigt ganz besonders deutlich, daß die Wahrnehmung

des erblasserischen Interesses vornehmste Aufgabe des TV. sein soll. Bei der Auseinandersetzung des Nachlasses ferner, der zweiten regelmäßigen Aufgabe des TV., soll wiederum der Wille des Erblassers die oberste Norm bilden (§§ 2204, 2048); hat der Erblasser keine besonderen Anordnungen getroffen, so ist die Nachlaßteilung nicht nach dem Willen der Erben und der anderen Nachlaßinteressenten, sondern nach Maßgabe der §§ 2042—2056 BGB zu bewirken, weil, wie hiezu die Protokolle (V, S. 273) bemerken, dann die Willensmeinung des Erblassers offenbar dahin gehe, daß die eingesetzten Erben dasjenige erhalten sollten, was ihnen nach den gesetzlichen Vorschriften über die Auseinandersetzung gebühre; auch in dieser Bestimmung spiegelt sich also wieder die Auffassung, daß der Wille des Erblassers, die Wahrung seiner Interessen, den Ausgangspunkt bildet. Endlich ist auch bei der Verwaltung des Nachlasses, die dem TV. regelmäßig zusteht, dem Willen des Erblassers die erste Stelle eingeräumt: das BGB bemerkt in § 2216 Abs. 2 ausdrücklich, daß Anordnungen, die der Erblasser für die Verwaltung getroffen hat, von dem TV. zu befolgen sind; nur wenn ihre Befolgung eine erhebliche Gefährdung des Nachlasses zur Folge hätte, können sie auf Antrag durch das Nachlaßgericht außer Kraft gesetzt werden. Soweit aber das letztere nicht zutrifft, sind die Anordnungen des Erblassers durchaus maßgebend, gleichgültig, ob sie mit den Interessen der Erben und übrigen Nachlaßbeteiligten im Einklang stehen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der gesamte regelmäßige Wirkungskreis des TV. beherrscht wird von dem Willen des Erblassers; hiemit rechtfertigt sich die Behauptung, daß die Antwort auf die Frage, welche Interessn der TV. zu vertreten hat, lauten muß: in erster Linie die Interessen des Erblassers.

II. Verhältnis des Interesses des Erblassers zu den Interessen der Erben und sonstiger Nachlaßbeteiligter.

Mit dem Tode des Erblassers werden die Erben Eigentümer des Nachlasses. Als solche haben sie in der Regel ein Interesse daran, den Nachlaß bezw. ihren Erbteil möglichst unbeschränkt in ihre Verfügung zu bekommen. Das Vorhandensein eines TV. aber läuft diesem Interesse zuwider und beschränkt die Eigentumsrechte

der Erben, die den Nachlaß erst nach Erledigung der Aufgaben des TV. erhalten. Insofern schon kann ein Widerstreit zwischen dem Interesse des Erblassers und den Interessen der Erben bestehen, wenn schon andererseits nicht zu übersehen ist, daß es in vielen Fällen den Erben gerade erwünscht sein kann, wenn der Erblasser ihnen die Nachlaßregulierung abnimmt und einem TV. überträgt (z. B. bei komplizierten Verhältnissen).

Aber nicht allein die Ernennung eines TV. an sich, sondern auch die Interessen, welche der Erblasser verfolgt und zu deren Wahrnehmung er den TV. beruft, können den Interessen der Erben und übrigen Nachlaßbeteiligten zuwiderlaufen. Es wird sogar fast allgemein in der Literatur als Regel angenommen, daß die Interessen der Erben mit denen des Erblassers kollidieren, und daß gerade dieser Widerstreit den Erblasser vielfach zur Bestellung eines TV. bestimme. Bei den Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages erklärte Gierke,[1] die Entstehungsgeschichte des germanischen Instituts der TV.-ung lehre, daß schon die alten Treuhänder, aus denen der TV. hervorging, gerade bestellt wurden, um den Willen des Bestellers gegen die gesetzlichen Erben, gegen ihren Willen durchzuführen; immer sei bis heute der Kern des Instituts der geblieben, daß sich der Erblasser ein im Notfalle auch gegen den Erben kräftiges Willensorgan schaffe. Diese Ausführungen, mit denen Gierke gegen die vom I. Entwurf zugrunde gelegte Annahme, der TV. sei Vertreter des Erben, ankämpfte, sind nicht zu bestreiten. Eine Verallgemeinerung aber in dem Sinn, daß immer, wenn ein TV. ernannt werde, die Interessen des Erblassers und der Erben sich feindlich gegenüberständen, würde über das Ziel hinausschießen. Unrichtig ist deshalb die uneingeschränkt aufgestellte Behauptung Bunsens,[2] der TV., dem die Verwaltung des Nachlasses zustehe, verwalte das fremde Vermögen kraft besonderer Norm selbständig zu einem bestimmten Zwecke und nicht im Interesse des Vermögensherrn, sondern gerade in einem anderen, den persönlichen Interessen des Vermögensherrn widerstreitenden Sinn. Es gibt vielmehr zahlreiche Fälle, in denen der Erblasser die Verwaltung des Nachlasses einem TV. gerade im Interesse der Erben zuweist und in denen die Verwaltung des TV. ebensosehr im Interesse des Erblassers als

[1] Vgl. Vhdlgn. III S. 226.
[2] Zeitschr. f. C.-P. Bd. 26, S. 204.

in dem der Erben geführt wird, z. B. die Erben sind minderjährig und gar nicht imstande, den Nachlaß zu verwalten; oder der Nachlaß besteht in einer technischen Anlage, die Erben aber sind vollständig geschäftsunkundig. Das Interesse des Erblassers und der Erben ist hier auf das gleiche Ziel gerichtet, auf ordnungsmäßige, das Vermögen erhaltende Verwaltung. Es ist hienach unrichtig, sich die Interessen des Erblassers und der Erben bezw. übrigen Nachlaßbeteiligten prinzipiell als kollidierend vorzustellen, sondern man wird vielmehr umgekehrt den Satz aufstellen dürfen: soweit keine besonderen Interessen entgegenstehen, fallen die Interessen des Erblassers mit denen der Erben zusammen. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird bestätigt, wenn man sich fragt, welches denn eigentlich die Interessen des Erblassers normalerweise sind. Vor allem wird der Erblasser ein Interesse daran haben, daß seine letztwilligen Anordnungen zur Ausführung kommen, insbesondere, daß auch rein ideale Wünsche, an denen keiner der Nachlaßbeteiligten ein Vermögensinteresse hat, z. B. Bestimmungen über Errichtung eines Grabdenkmals, Herausgabe von Schriften, beobachtet werden; sodann, daß der Nachlaß seinem Willen entsprechend unter die Erben verteilt werde, daß er bis zur Verteilung ordnungsmäßig und nach des Erblassers Anordnungen verwaltet werde, daß die Nachlaßschulden bereinigt werden, überhaupt, daß der von dem Erblasser gewollte Zustand hergestellt werde. Dies alles läßt sich mit den Interessen der Nachlaßbeteiligten wohl vereinbaren. In der weitaus größeren Zahl der Fälle verfolgen ja die letztwilligen Anordnungen des Erblassers gerade die Interessen der Erben; der Erblasser will, wenn er letztwillig Zuwendungen macht, familienrechtliche Anordnungen macht, regelmäßig nur das Beste der Erben, das wenigstens, was er für das Beste hält. Ordnungsmäßige und den Anordnungen des Erblassers entsprechende Verwaltung des Nachlasses ferner ist ebenfalls in der Regel im Interesse der Erben. Auch die Erfüllung der rein idealen Wünsche widerstreitet nicht unbedingt den Interessen der Erben, die ja ebenfalls nicht bloß rein vermögensrechtlicher Natur sind.

Das Ergebnis ist also: Soweit keine besonderen Interessen der Erben oder anderer Nachlaßbeteiligten entgegenstehen, sind die Interessen der Erben und anderen Nachlaßbeteiligten mit denen des Erblassers identisch.

III. Konsequenzen aus den bisher (unter I und II) aufgestellten Grundsätzen.

a. Der TV. hat in erster Linie die Interessen des Erblassers wahrzunehmen.

Hieraus folgt, daß der TV. besondere entgegenstehende Interessen der Erben und anderen Nachlaßbeteiligten nicnt berücksichtigen darf. Hier trifft der schon erwähnte Satz Gierkes[1] zu, daß der Erblasser sich in dem TV. ein im Notfalle auch gegen die Erben kräftiges Willensorgan schaffe. Hat also z. B. der Erblasser angeordnet, daß die im Nachlaß vorhandenen dichterischen, musikalischen oder wissenschaftlichen Erzeugnisse seines Geistes von dem TV. zu vernichten seien, so hat der TV. diese Anordnung auszuführen, auch wenn die Erben ein ungeheures Interesse an der Herausgabe und Drucklegung dieser Werke haben sollten. Sind die Interessen einzelner Erben im Widerstreit mit den Interessen der anderen, so hat der TV., sofern sich das Interesse des Erblassers mit demjenigen der einen Erbenpartei deckt, dahin zu wirken, daß diese Partei zum Siege gelangt.

b. Soweit keine besonderen Interessen entgegenstehen, fallen die Interessen des Erblassers mit denen der Erben zusammen.

Dies kann von sehr erheblicher Bedeutung sein bezüglich der Verpflichtung des TV., auf den Willen der Erben Rücksicht zu nehmen. Ist der TV. verpflichtet, sich einem übereinstimmenden Beschluß der Erben, der sich auf die Auseinandersetzung des Nachlasses bezieht, zu fügen? Ist der TV. bei der Verwaltung des Nachlasses an den übereinstimmenden Willen der Erben gebunden? Von dem hier aufgestellten Grundsatz aus lautet die Antwort dahin, daß der TV. zu prüfen hat, ob der übereinstimmende Beschluß nicht mit den Interessen des Erblassers in Widerspruch steht; ist dies nicht der Fall, so sind die Interessen der Erben identisch mit denen des Erblassers, und demgemäß hat der TV. sich dem einstimmigen Beschluß der Erben, der ja dann ebensosehr die Interessen der Erben wie die des Erblassers verfolgt, zu fügen. Dies steht keineswegs im Widerspruch mit der dem BGB zugrunde liegenden Auffassung, daß der TV. eine freie, von dem Willen der Erben unab-

[1] Siehe oben S. 23.

hängige Stellung einnehme, daß er über den Erben stehe. Der Grund, warum der TV. sich in den eben erwähnten Fällen dem einstimmigen Beschluß der Erben zu fügen hat, liegt ja nicht darin, daß die Erben die Geschäftsherrn des TV. sind, sondern darin, daß der einstimmige Beschluß der Erben auch das Interesse des Erblassers verfolgt, und daß Wahrnehmung des erblasserischen Interesses eben die Pflicht des TV. ist.

Übrigens ist auch gar kein Grund einzusehen, warum ein einstimmiger Beschluß der Erben unter den genannten Voraussetzungen den TV. nicht binden soll. Die TV.-ung besteht ja nicht um ihrer selbst willen! Warum sollen einstimmige Beschlüsse der Erben, die doch Eigentümer, Subjekte des Nachlasses sind, jeder Berücksichtigung entbehren, wenn gar kein erblasserisches Interesse gegen sie spricht? Nur dem Grundsatz zuliebe, daß der TV. über den Erben stehe, zu einer solchen Annahme zu kommen, wäre Prinzipienreiterei. Auch soll ja die Bindung des TV. nur als eine im Verhältnis des TV. zu den Erben bestehende, obligatorische Verpflichtung aufgefaßt werden, deren Nichterfüllung den TV. schadensersatzpflichtig macht, wenn ihm Verschulden zur Last fällt.

In der Erkenntnis, daß die Interessen der Erben und sonstigen Nachlaßbeteiligten nicht ganz übergangen werden dürfen, wird von mancher Seite[1] hervorgehoben, der TV. habe das Interesse aller Nachlaßbeteiligten zu wahren, und in einer Besprechung der Secktschen Schrift in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Bd. 28, S. 223, wird bemerkt, es erscheine die Annahme Seckts, als nehme der TV. nur die Interessen des Erblassers wahr, zu eng, er handle vielmehr in erster Linie zum Vorteile der Nachlaßinteressenten. Das letztere („in erster Linie") ist zwar nur insofern richtig, als die letztwilligen Anordnungen, deren Ausführung der TV. besorgt, in der Regel das Beste der Nachlaßbeteiligten bezwecken, so daß der TV. bei ihrer Ausführung naturgemäß zum Vorteile der Nachlaßinteressenten handelt; es darf damit nicht gesagt werden wollen, daß der TV. bei Kollision der Interessen des Erblassers mit denen der Erben sich auf die Seite der letzteren stellen müßte. Im übrigen aber steckt der richtige Kern in diesen Behauptungen, daß die Interessen der Erben und sonstigen Nachlaßbeteiligten dann von dem TV. zu respektieren sind, wenn keine besonderen Interessen

[1] Z. B. Sturm S. 52.

des Erblassers entgegenstehen, und hieraus folgt, daß dann auch der übereinstimmende Wille der Erben den TV. bindet.

IV. Die verschiedenen Zwecke, die der Erblasser mit Einsetzung eines TV. verfolgen kann.

1. Die gewöhnlichen Zwecke.

Die von der Rechtsordnung dem Erblasser eingeräumte Macht, letztwillig über seinen Nachlaß verfügen zu dürfen, gibt ihm, wie schon oben (S. B. I) erwähnt, noch keine Garantie dafür, daß diese Verfügungen nach seinem Tode wirklich zur Ausführung kommen. Diese Garantie kann der Erblasser durch Einsetzung eines TV. erreichen, und der gewöhnliche Zweck, den der Erblasser mit Einsetzung eines TV. verfolgt, ist denn auch der, die Ausführung der letztwilligen Anordnungen zu bewirken und zu sichern. Die Ausführung des letzten Willens ist an sich Sache der Erben; der Erblasser kann nun aber verschiedene Gründe haben, den Erben diese Aufgabe nicht zu überlassen. Der Erblasser will vielleicht den Erben die Ausführung nicht zumuten, weil sie die Überwindung besonders großer Schwierigkeiten erfordert, weil sie sehr zeitraubend ist, überhaupt weil er den Erben die Mühe ersparen und sie von der Liquidation des Nachlasses entlasten will (z. B. der Erblasser hinterläßt eine Witwe und unmündige Kinder und will der ersteren die Arbeit der Nachlaßregulierung nicht aufbürden). Der Erblasser kann ferner der Überzeugung sein, daß seine Erben (wegen Mangels an Geschäftskenntnis, Einsicht und Erfahrung, wegen Verstandesschwäche etc.) zur Ausführung nicht fähig sein werden. Es mag weiter bestimmend sein ein gewisses Mißtrauen gegen die Erben, von denen der Erblasser fürchtet, sie werden aus Böswilligkeit, Eigennutz oder anderen unedlen Motiven die Ausführung zu hintertreiben oder zu verzögern suchen. Endlich kann die große Zahl der Erben und die Befürchtung, es werde unter ihnen zu Streitigkeiten kommen, den Erblasser zur Ernennung des TV. führen. Jeder einzelne von diesen Gründen wird es dem Erblasser, wenn er die Ausführung seiner Anordnungen gesichert sehen will, wünschenswert erscheinen lassen, eine unbeteiligte Vertrauensperson zum TV. zu ernennen und dadurch eine Garantie für die Ausführung zu erlangen.

Ein anderer Zweck, den der Erblasser gewöhnlich bei Ein-

setzung eines TV. im Auge hat, ist die Herbeiführung einer seinem Willen entsprechenden Teilung des Nachlasses bei Vorhandensein mehrerer Miterben. Dieser Zweck ist teilweise schon in dem erstgenannten inbegriffen, da die letztwilligen Anordnungen ja doch meist die Verteilung des Nachlasses zum Gegenstand haben. Auch die Auseinandersetzung des Nachlasses ist regelmäßig Sache der Erben selbst; nur auf ihren Antrag hat das Nachlaßgericht zu vermitteln (§ 86 GFG); in manchen Staaten, z. B. Württemberg (AG zum BGB Art. 82) greift unter gewissen Voraussetzungen das Nachlaßgericht von Amtswegen ein. Den Zweck, den der Erblasser mit Ernennung eines TV. hier verfolgt, kann einerseits der sein, den bei der Teilung voraussichtlich entstehenden Streitigkeiten vorzubeugen und eine gerechte Verteilung des Nachlasses durch eine unbeteiligte Vertrauensperson herbeizuführen, andererseits kann der Erblasser auch nur bezwecken, die Tätigkeit des Nachlaßgerichts auszuschließen; gemäß § 86 GFG (AG z. BGB Art. 86) ist nämlich eine Vermittlung des Nachlaßgerichts bei der Auseinandersetzung ausgeschlossen, sofern ein zur Bewirkung derselben berechtigter TV. vorhanden ist.

Verfolgt der Erblasser mit Ernennung eines TV. den Zweck, die Ausführung der letztwilligen Anordnungen und die Herbeiführung der Auseinandersetzung zu sichern, so wird er gewöhnlich den Erben auch die Verwaltung des Nachlasses entziehen und dem TV. übertragen. Denn der TV. könnte, wenn ihm die Macht über den Nachlaß fehlte, ohne den guten Willen der Erben weder die Anordnungen des Erblassers ausführen noch die Auseinandersetzung bewirken. Außerdem bedarf der TV. des Verwaltungsrechts zum Zwecke der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten.

Das BGB geht davon aus, daß die eben erwähnten Zwecke diejenigen sind, welche der Erblasser gewöhnlich mit Einsetzung eines TV. verfolgt. Dies zeigt sich in der Ausgestaltung des Normaltypus des TV., wie ihn das BGB in den §§ 2203 ff. aufstellt. Die Aufgaben, die dem TV. im Normalfall kraft Gesetzes auferlegt sind, bestehen nämlich gerade in der Ausführung der letztwilligen Anordnungen, in der Auseinandersetzung und Verwaltung des Nachlasses. Der I. Entwurf wollte dem TV. die Auseinandersetzung des Nachlasses nur dann zuweisen, wenn der Erblasser dies angeordnet oder besondere auf die Auseinandersetzung sich beziehende

Bestimmungen getroffen hat. Die zweite Kommission aber hat, gerade mit der Begründung, daß die Auseinandersetzung durch den TV. der mutmaßlichen Willensmeinung des Erblassers entspreche, die Auseinandersetzung zur regelmäßigen Aufgabe des TV. gemacht (Prot. V, S. 273), und so der Ansicht Ausdruck gegeben, daß auch die Auseinandersetzung — bei den übrigen Aufgaben war dies nicht zweifelhaft — ein von dem Erblasser mit Einsetzung eines TV. gewöhnlich verfolgter Zweck sei.

2. Die besonderen Zwecke, die der Erblasser verfolgen kann.

a. Bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung.

Nach § 2209 BGB kann der Erblasser im Testament einem TV. die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen. Schon in den Protokollen (V, S. 306f.) wird hervorgehoben, daß es sich hier um eine TV.-ung handle, bei der die Verwaltung „Selbstzweck“ sei, während im Normalfall dem TV. die Verwaltung zum Zwecke der Ausführung anderweiter letztwilliger Anordnungen oder der Auseinandersetzung übertragen sei. Von der Literatur wird der Ausdruck, die Verwaltung sei hier „Selbstzweck“, allgemein gebilligt und angenommen. Dieser Ausdruck ist aber ebenso nichtssagend wie unzutreffend. Wenn der Erblasser einem TV. keine anderen Aufgaben als die Verwaltung des Nachlasses zuweist, so bezweckt er damit nicht bloß die Verwaltung durch den TV. als Selbstzweck, sondern er verfolgt damit regelmäßig tiefer liegende Zwecke. Die Übertragung des Verwaltungsrechts an den TV. bildet dann das Mittel zur Verwirklichung dieser Zwecke.

Die Zwecke, denen die Verwaltungs-TV.-ung als Mittel dienen kann, sind mannigfacher Art. In erster Linie kann sie, wie schon die Protokolle (V, S. 307) bemerken, das Mittel zu einer exheredatio bona mente bilden. Der Erblasser kann gemäß § 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Lebenszeit eines Abkömmlings die Verwaltung des ihm Hinterlassenen oder des ihm gebührenden Pflichtteils einem TV. übertragen; der Abkömmling hat dann nur Anspruch auf den jährlichen Reinertrag. Die Folge ist, daß den Privatgläubigern des Abkömmlings der Zugriff auf den Nachlaß verwehrt ist (§ 2214), ferner, daß der Anspruch auf den Reinertrag der Pfändung nicht

unterworfen ist, soweit der Ertrag zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesgemäßen Unterhalts erforderlich ist (§ 863 CPO). Abgesehen von dem Fall der exheredatio bona mente wird manchem Erblasser eine Anordnung gemäß § 2209 zu dem einzigen Zweck erwünscht sein, den Nachlaß vor dem Zugriff der Privatgläubiger des Erben zu schützen.

Von nicht geringerer Bedeutung ferner ist die Zulässigkeit einer solchen TV.-ung in dem weiteren Fall, daß der Erblasser einem der Miterben die Stellung eines Familienhaupts einräumen will. Dadurch, daß der zuerst sterbende Ehegatte den überlebenden, welchen er gemeinsam mit den Kindern zu Erben einsetzt, gleichzeitig zum Verwaltungs-TV. ernennt, kann er ihn von den Pflichten befreien, die ihm nach dem BGB dann obliegen würden, wenn er die Erbteile der Kinder auf Grund seiner elterlichen Gewalt in Verwaltung hätte.[1] Er braucht also die in den §§ 1640, 1642, 1643 BGB gegebenen Vorschriften nicht zu beachten; außerdem endigt das Verwaltungsrecht nicht mit der Volljährigkeit und Verheiratung der Kinder.

Der Erblasser kann durch Anordnung gemäß § 2209 den Erfolg des § 1638 BGB erreichen, also den Vater oder die Mutter von der Verwaltung des Vermögens, das er einem Kinde letztwillig zuwendet, ausschließen. Planck-Ritgen meint,[2] der Erblasser werde sogar die Entziehung auf dem Wege des § 2209 vorziehen, weil sie weniger schroff sei und auch eine Pflegschaft entbehrlich mache.

Der Erblasser kann weiter den Zweck verfolgen, die Volljährigkeit des Erben tatsächlich hinauszuschieben und ihn über sein 21. Lebensjahr hinaus von der Verwaltung des Nachlasses ausschließen. Dies erreicht er auf einfache Weise, indem er einem TV. die Verwaltung überträgt und bestimmt, daß sie erst mit dem vollendeten 25. oder 30. etc. Lebensjahre des Erben endigen solle (§ 2210 BGB).

Auch für bäuerliche Verhältnisse kann die Verwaltungs-TV.-ung von Bedeutung sein: im Falle der Minderjährigkeit des Anerben kann in der Person eines verwaltenden TV. ein Interimswirt geschaffen werden.

Ferner ist der Fall denkbar, daß der Erblasser einen großen

[1] Plank-Ritgen, Erl. 2 zu § 2209.
[2] Erl. 2 zu § 2209.

technischen Betrieb hinterläßt, seinen Erben aber die Last der Fortführung desselben nicht aufbürden will oder sie zur Weiterführung nicht für fähig hält. Es wird ihm viel daran liegen, daß ein erfahrener Geschäftsmann für die ordnungsmäßige Fortführung sorgt und zugleich auch eine Stellung erhält, welche ihm die nötige Macht zur Erfüllung dieser Aufgabe verleiht. Am sichersten erreicht dies der Erblasser mit einer Verwaltungs-TV.-ung.

Endlich kann der Erblasser bei Einsetzung eines Verwaltungs-TV. auch von der Absicht geleitet sein, dem TV. selbst Zuwendungen zu machen; er weist dem TV. die Verwaltung zu und setzt ihm dafür ein jährliches Honorar aus. Da gemäß § 2210 BGB die Verwaltung dem TV. bis zu dessen Tode übertragen werden kann, so ist auf diesem Wege die lebenslängliche Sustentation des TV. erreichbar.

b. Der Fall des § 2222 BGB.

Der Erblasser kann einen TV. zu dem einzigen Zwecke ernennen, daß er bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt. Über die Zulässigkeit einer solchen Anordnung war man in der II. Kommission sofort einig, nachdem man sich einmal für die Zulässigkeit der Verwaltungs-TV.-ung ausgesprochen hatte. Besonders bemerkenswert ist, daß hier ein TV. lediglich zur Wahrnehmung der Interessen eines Erben ernannt werden kann, während sonst, wie oben hervorgehoben wurde, der TV. doch immer in erster Linie die Interessen des Erblassers wahrzunehmen hat.

Die Möglichkeit, einen TV. lediglich zur Wahrung der Rechte und Erfüllung der Pflichten eines Nacherben zu ernennen, ist einmal für die Zwecke der exheredatio bona mente von Bedeutung (§ 2338 BGB). Ferner wird diese Art der TV.-ung im Falle des § 2104 BGB erwünscht sein, weil dort die Personen der gesetzlichen Erben, welche als Nacherben eingesetzt sein sollen, bei Beginn der Vorerbschaft noch nicht definitiv bestimmt sind. Ein gleiches Bedürfnis ist vorhanden, wenn die Persönlichkeit des Erben durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll, oder wenn die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person oder einer zu dieser Zeit noch nicht entstandenen juristischen Person nach § 2101 BGB als Nacherbeinsetzung anzusehen ist (§ 2105 Abs. 2). Endlich wird eine TV.-ung im Sinne

von § 2222 dann am Platz sein, wenn der Nacherbe unter der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt des Vorerben steht. Allerdings kann hier der gleiche Erfolg durch Bestellung eines Pflegers erreicht werden.

c. Der Fall des § 2223 BGB.

Der Erblasser kann einen TV. auch allein zu dem Zwecke ernennen, daß dieser für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen sorgt.

V. Die Gegenüberstellung des Normaltypus zu den besonderen Typen im BGB.

Das BGB geht aus von dem Normaltypus eines TV. und regelt im einzelnen dessen Aufgaben, Befugnisse und Pflichten. Hat der Erblasser sich einfach auf die Ernennung eines TV. beschränkt, ohne noch ausdrückliche Bestimmungen über seine Aufgaben, Rechte und Pflichten zu treffen, so erlangt dieser TV. kraft Gesetzes eine bestimmte Stellung, und zwar liegt ihm ob die Ausführung der letztwilligen Anordnungen, die Auseinandersetzung und die Verwaltung des Nachlasses. Aus dem Verwaltungsrecht entspringen eine Reihe von — teilweise ausdrücklich im Gesetz hervorgehobenen — Befugnissen, insbesondere das Recht zur Inbesitznahme und Verfügung über den Nachlaß. Der Normaltypus kennzeichnet sich dadurch, daß er dem TV. eine freie, dem Erben gegenüber unabhängige Stellung und eine umfassende Dispositionsmacht über den Nachlaß einräumt.

Die Aufstellung dieses Normaltypus setzt der Testierfreiheit des Erblassers keine Grenze, und das BGB vertritt, wie die früheren Rechte, den Standpunkt, daß der Wille des Erblassers oberste Norm ist sowohl für den Kreis der Aufgaben als für den Umfang der Befugnisse des TV. Der Normaltypus kann also — je nach dem Willen des Erblassers und dem Zweck, den er verfolgt — die verschiedenartigsten Änderungen erfahren (Variabilität des Normaltypus). Dem Erblasser steht es frei, im Testament die Aufgaben des TV. einzeln und genau nach seinem Belieben festzusetzen, soweit er dabei nicht gegen allgemeine Rechtsgrundsätze (§ 138 BGB) oder die vom Gesetz anerkannten Rechte der Nachlaßgläubiger handelt oder den Erben in gesetzlich unzulässiger Weise (z. B. bezüglich des Pflichtteils) beschränkt. Er kann natürlich den TV. nicht ermächtigen,

eine Verfügung auszuführen, die er nach objektivem Recht nicht gültig treffen kann. Andererseits kann der Erblasser einen vom Normaltypus abweichenden Typus in der Weise schaffen, daß er negierend eingreift und einzelne dem Normal-TV. obliegende Aufgaben und zustehende Rechte im Testament ausdrücklich ausschließt.

Die besonderen Typen, welche das Gesetz selbst ausdrücklich dem Normaltypus noch gegenüberstellt, sind: die Verwaltungs-TV.-ung (§ 2209), der TV. gemäß § 2222 und der TV. gemäß § 2223 BGB. Die Bedeutung, welche diese besonderen Typen haben, und die Zwecke, welche der Erblasser mit der Einsetzung solcher vom Normaltypus abweichender TV. verfolgen kann, sind schon oben hervorgehoben worden. Daß diese im BGB ausdrücklich anerkannten Abweichungen nicht die einzig zulässigen sind, folgt ebenfalls aus dem oben Gesagten.

Im Folgenden sollen die besonderen TV.-Typen außer Betracht bleiben, ebenso auch die Fälle der mehrfachen TV.-ung; es soll nur der gesetzliche Normaltypus des TV. Gegenstand der Erörterung sein.

Zweites Kapitel.

Die Stellung des gewöhnlichen Testamentsvollstreckers auf dem Gebiet des Privatrechts.

I. Die Aufgaben.

1. Vollziehung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers.

Das BGB verfolgt die Tendenz, dem TV. eine möglichst selbständige, von dem Erben unabhängige Stellung zu verschaffen. Es hat den TV. deshalb nicht mit der bloßen Beaufsichtigung und Überwachung des Erben betraut, und ebensowenig gab es ihm ein bloßes Forderungsrecht gegen den Erben, auf Grund dessen er ihn zur Ausführung des letzten Willens des Erblassers, eventuell im Wege der Klage, hätte veranlassen können; sondern nach BGB

(§ 2203) hat der TV. regelmäßig das Recht und die Pflicht, selbst die letztwilligen Verfügungen zur Ausführung zu briugen. Im BGB ist denn auch mit Absicht die Fassung des I. Entwurfs vermieden worden, wonach der TV. „berechtigt und gegenüber dem Erben verpflichtet sein sollte“ zur Ausführung des letzten Willens. Durch die Änderung der Fassung wurde dokumentiert, daß der TV. die Ausführung in keinerlei Abhängigkeit vom Erben zu betreiben in der Lage ist, daß nur das Gesetz und der Wille des Erblassers ihn bindet.

Unter den Begriff der letztwilligen Verfügung fallen insbesondere die Erbeinsetzung, Vermächtnisanordnungen und Auflagen. Die Pflicht zur Ausführung erstreckt sich, sofern der Wille des Erblassers nichts anderes ergibt, auf alle gültigen letztwilligen Verfügungen, auch solche, welche in anderen Testamenten als in dem die Anordnung der TV.-ung enthaltenden sich vorfinden. Solche Verfügungen, die ihrer Natur nach nur von anderen ausgeführt werden können, sind ausgenommen. Gegenüber dem teilweise abweichenden früheren Recht ist besonders hervorzuheben, daß die Aufgabe des TV. sich auch auf Vollziehung solcher Verfügungen erstreckt, an deren Ausführung kein Dritter interessiert ist, und an deren Ausführung nur der Erblasser ein ideales Interesse hat, z. B. Anordnungen über das Begräbnis, Veröffentlichung von Papieren. Diese sind auch gegen den Willen der Nachlaßinteressenten durchzusetzen; das Interesse des Erblassers geht vor.

Was zur Ausführung der letztwilligen Verfügungen gehört, richtet sich ganz nach dem Einzelfall. Sind z. B. Vermächtnisse angeordnet, so hat der TV. diese selbst an die Bedachten zu entrichten. Zu diesem Zweck ist er legitimiert, durch dinglichen Vertrag die vermachten Gegenstände zu übereignen, ohne hiebei an die Zustimmung der Erben als Subjekt des Nachlasses gebunden zu sein. Man wird den TV. auf Grund von § 2203 auch für berechtigt und verpflichtet halten müssen, die Eröffnung des die TV.-ung anordnenden Testaments zu betreiben, wenn ihm seine Ernennung bekannt ist.[1] Im übrigen ist der TV. befugt, zur Vollziehung der letztwilligen Verfügungen alle erforderlichen Handlungen vorzunehmen und die entsprechenden Rechtsgeschäfte abzuschließen.

[1] Planck-Ritgen, Erl. 1 zu § 2203, Frommhold zu § 2203, Herzfelder S. 450.

Einen besonderen Fall der Ausführung einer letztwilligen Verfügung führt das BGB in § 83 an: der TV. hat, wenn der Erblasser eine Stiftung errichtet hat, die Genehmigung nachzusuchen. Unterläßt er dies, so hat das Nachlaßgericht die Genehmigung einzuholen. Aus dieser Bestimmung will nun Marcus (S. 62), welchem Frommhold (Erl. zu § 2203) zustimmt, den allgemeinen Grundgedanken herauslesen: Wo es sich um Ausführung von letztwilligen Verfügungen handelt, bei denen kein bestimmtes Einzelsubjekt, sondern die Allgemeinheit (Staat, Gemeinde) interessiert ist, figuriert das Nachlaßgericht als Kontrollinstanz über dem TV. von Gesetzeswegen. Ob diese Verallgemeinerung dem Gesetz entspricht, ist sehr zu bezweifeln. Sowohl die Bestimmung des § 83 als auch die des § 2194, auf welche sich Frommhold noch beruft, ist eine ganz singuläre; außerdem weist speziell bei der TV.-ung der Verlauf der Gesetzesberatungen und die definitive Regelung im BGB darauf hin, daß man die Tendenz verfolgte, eine Tätigkeit des Nachlaßgerichts bei bestehender TV.-ung möglichst auszuschalten und ihm insbesondere keinerlei Kontrollbefugnisse über Tun und Lassen des TV. einzuräumen. Man wird deshalb die speziellen Bestimmungen, wo ein Eingreifen des Nachlaßgerichts vorgesehen ist, nicht verallgemeinern dürfen.

Wie nun, wenn der Erbe gegen die Ausführung einer Verfügung, insbesondere die Erfüllung eines Vermächtnisses Widerspruch erhebt? Im I. Entwurf (§ 1897 Abs. 2) war dem Erben ausdrücklich ein Widerspruchsrecht gegen die Vollziehung eines Vermächtnisses gegeben, das, wenn es ausgeübt wurde, den TV. zur Aussetzung der Ausführung nötigte, bis der Widerspruch, sei es durch gütliches Übereinkommen oder durch Rechtsstreit, beseitigt war. Daß hiemit der Chikanierung des TV. von Seiten des Erben Tür und Tor geöffnet gewesen wäre, ist außer Zweifel. Das Institut der TV.-ung würde hiedurch wesentlich an Bedeutung verloren haben. In der II. Kommission wurde deshalb mit Recht diese Bestimmung gestrichen. Ist nun also jetzt ein Widerspruch des Erben ohne jede Wirkung? Dies ist insofern zu bejahen, als der TV. sich über den Widerspruch hinwegsetzen kann und seiner ungeachtet die Verfügung zu vollziehen berechtigt ist. Der Erbe hat nicht die Macht, durch sein Veto die Ausführung zu verhindern oder auch nur hinauszuschieben. Indirekt aber wird ein Widerspruch des Erben meist

doch von Einfluß sein. Denn obwohl der TV. nach außen unbeschränkte Macht hat, ist Recht und Pflicht zur Ausführung der letztwilligen Anordnungen doch nur dann für ihn vorhanden, wenn diese Anordnungen gültig sind. Der TV. wird demnach die letztwilligen Verfügungen nach der Seite ihrer Rechtsbeständigkeit hin zu prüfen haben. Das Unterlassen dieser Prüfung muß als Fahrlässigkeit angesehen werden und kann die Grundlage für spätere Schadensersatzansprüche gegen den TV. bilden. Wird nun vollends noch von dem Erben mit der Behauptung, die Verfügung sei ungültig, Widerspruch erhoben, so wird sich ein vorsichtiger TV., um späteren Angriffen die Spitze abzubrechen, über diesen Widerspruch nicht hinwegsetzen, sondern die Ausführung zum Zwecke nochmaliger Prüfung aussetzen. Wie die Frage der Gültigkeit, so wird er auch die Stichhaltigkeit anderer vom Erben vorgebrachter Bedenken untersuchen. Findet er, daß die Bedenken grundlos sind, so wird er trotz des Protestes der Erben zur Ausführung schreiten. Erscheint ihm die Frage zweifelhaft, so wird er von der Ausführung vorläufig abstehen und eine Klärung der Sachlage herbeizuführen suchen. Dies kann er am besten auf dem Wege der Feststellungsklage erreichen, welche er gegen den widersprechenden Erben richtet. Ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist bei ihm immer vorhanden, schon allein mit Rücksicht auf seine Aufgabe, die ihm sofortige Ausführung des letzten Willens zur Pflicht macht, dann aber auch mit Rücksicht auf seine in § 2219 BGB statuierte Verantwortlichkeit dem Erben gegenüber. Denn ist die Ausführung einer letztwilligen Verfügung zu Unrecht erfolgt, so hat der Erbe, wenn er ein Verschulden des TV. nachweist, Ersatzansprüche gegen diesen.

Kann nun andererseits auch der widersprechende Erbe die Initiative ergreifen und Klage gegen den TV. mit dem petitum erheben, festzustellen, daß ein Recht zur Ausführung einer Verfügung nicht bestehe (wegen Ungültigkeit oder aus anderen Gründen)? Man hat hiegegen vorgebracht, der Zweck, den die Gesetzgeber durch Streichung des Widerspruchsrechts erreichen wollten, wäre so ziemlich wieder illusorisch gemacht, wenn man dem Erben das Recht der Feststellungsklage geben würde; der Erbe wäre in der Lage, durch fortwährende Feststellungsklagen die Ausführung des letzten Willens zu verzögern und dem TV. durch ewiges Prozessieren

sein Amt zu entleiden. Trotzdem muß daran festgehalten werden, daß auch der Erbe berechtigt ist, gegen den TV. Feststellungsklage zu erheben, vorausgesetzt, daß er ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung nachweist. Sturm (S. 69 f.) wendet sich gegen die Ausführungen der Protokolle (V, S. 270), welche (nach Sturms Auffassung) behaupten, der Erbe könne jederzeit auf Feststellung klagen, daß eine Berechtigung bezw. Verpflichtung zur Auszahlung des Legats nicht bestehe. Aber die Protokolle wollen doch auch nur dasselbe sagen wie Sturm, daß der Erbe nur bei Nachweis eines alsbaldigen Feststellungsinteresses, nicht unter allen Umständen gegen den TV. klagen könne. Die Protokolle gehen davon aus, der Erbe dürfe nicht auf einen unsicheren Bereicherungsanspruch gegen den Vermächtnisnehmer angewiesen sein; als Präventivmittel, um die Auszahlung des Legats zu verhindern, diene ihm deshalb die Feststellungsklage; seine Aktivlegitimation ergebe sich aus dem unmittelbaren Interesse, welches er an der alsbaldigen Feststellung der Tatsache habe, daß ein Legat ungültig, anfechtbar oder aus einem sonstigen Grunde nicht zu erfüllen sei. Diese Ausführungen sind durchaus zutreffend; der Erbe hat in der Tat ein Recht, den Nachlaß in seiner ursprünglichen Gestalt in die Hand zu bekommen, er braucht sich nicht mit Surrogaten zu begnügen, welche er vielleicht einmal später durch Bereicherungs- und Schadensersatzklagen erhält. Sollte er also, wenn er die Anordnung des Legats für ungültig hält, nicht einmal auf Feststellung der Ungültigkeit klagen dürfen, wo er doch jeden Augenblick befürchten muß, daß der TV. den Gegenstand des Vermächtnisses aus dem Nachlaß fortgibt? Dies wird auch Sturm nicht in Abrede ziehen wollen. Die Pflicht zur Tragung der Prozeßkosten wird übrigens ein gutes Vorbeugungsmittel gegen grundloses und mutwilliges Prozessieren bilden.

Im Anschluß an die Frage, ob dem Erben ein Widerspruchsrecht gegen die Ausführung einer letztwilligen Anordnung zu gewähren sei, wurde von den Gesetzgebern erwogen, ob man dem TV. die Verpflichtung auferlegen solle, dem Erben jedesmal vor der Ausführung Anzeige zu erstatten. Zunächst wurde die Aufnahme einer Bestimmung, welche eine solche Anzeigepflicht aussprach, beschlossen (Prot. V, S. 271). In der Folge wurde dieser Beschluß jedoch wieder abgeändert, und der TV. sollte nur zur Auskunfts-

erteilung verpflichtet sein. Das BGB gibt keine ausdrückliche Bestimmung, verpflichtet aber in § 2218 (durch Verweisung auf § 666) den TV., dem Erben die erforderlichen Nachrichten zu geben und auf Verlangen Auskunft über seine Tätigkeit zu erteilen. Hierunter fällt auch die Anzeige vor Ausführung einer letztwilligen Verfügung. Wohl zu beachten ist aber, daß diese Verpflichtung nur im internen Verhältnis zwischen TV. und Erben besteht; die Unterlassung der Anzeige hat also auf die Wirksamkeit einer Verfügung nicht den geringsten Einfluß, sondern macht nur den TV. dem Erben gegenüber haftbar, wenn sich nachträglich ergibt, daß die Ausführung der Verfügung unzulässig war, und dem Erben ein Schaden entstanden ist, der im Falle vorhergehender Anzeige vermieden worden wäre.

2. Auseinandersetzung des Nachlasses bei Vorhandensein mehrerer Miterben.

Die zweite, dem TV. kraft Gesetzes obliegende Aufgabe ist die Auseinandersetzung des Nachlasses (§ 2204 BGB). Die Folge der Auseinandersetzungsbefugnis des TV. äußert sich nach zwei Richtungen: einerseits ist eine private Auseinandersetzung der Erben unter sich grundsätzlich ohne Wirkung und für den TV. nicht bindend, andererseits ist eine vermittelnde Tätigkeit des Nachlaßgerichts ausgeschlossen (§ 86 GFG), selbst dann, wenn sämtliche Erben eine Mitwirkung dieses Gerichts verlangen sollten.[1]

Die Art und Weise der Auseinandersetzung ist vom Gesetz nicht in das Ermessen des TV. gestellt, sondern der TV. hat, sofern nicht der Erblasser etwas anderes angeordnet hat, die Nachlaßteilung nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 2042—2056 BGB zu bewirken (§ 2204). Die Gesetzgeber waren der Ansicht, die Willensmeinung des Erblassers gehe, wenn er über die Art der Auseinandersetzung keine Bestimmung getroffen habe, offenbar dahin, daß die einzelnen Erben dasjenige erhalten sollten, was ihnen nach den gesetzlichen Vorschriften gebühre (Prot. V, 273). Der TV. ist hienach an die Bestimmungen über die Ausschließung und Aufschiebung der Auseinandersetzung gebunden; er hat zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen und hiezu, soweit erforder-

[1] So auch Märcker S. 165.

lich, den Nachlaß in Geld umzusetzen. Bei der Verteilung muß er die kollationspflichtigen Beträge in Rechnung ziehen.[1]

Der TV. hat über die Auseinandersetzung einen Plan aufzustellen; er ist gemäß § 2204 Abs. 2 verpflichtet, vor der Ausführung die Erben über den Plan zu hören. Er muß ihnen also Gelegenheit geben, sich über den Plan zu äußern und etwaige Bedenken vorzutragen. Die Verpflichtung besteht sämtlichen Erben, bezw. ihren gesetzlichen Vertretern gegenüber; unter Umständen hat der TV., um dieser Pflicht nachkommen zu können, die Bestellung eines Pflegers für einen der Erben zu veranlassen. Mit Unrecht behauptet Marcus (S. 63), die Pflicht zur Anhörung der Erben komme in Wegfall, wenn Anordnungen des Erblassers die Auseinandersetzung regeln; denn, nachdem in § 2204 Abs. 1 mit den §§ 2042—56 auch § 2048 angezogen ist, nämlich die Bestimmung, daß der Erblasser Anordnungen über die Auseinandersetzung treffen kann, bezieht sich der selbständig dastehende Absatz 2 des § 2204 auch auf diesen Fall. Sowohl die Erben als der TV. können durch Erhebung einer Feststellungsklage eine richterliche Entscheidung darüber herbeiführen, ob der TV. zur Ausführung des Auseinandersetzungsplanes berechtigt ist, denn das rechtliche Interesse beider Teile an der alsbaldigen Feststellung liegt hier auf der Hand.[2] Im übrigen ist der unzufriedene Erbe auf das Recht des § 2227 (Entlassungsantrag) oder auf Schadensersatzansprüche gegen den TV. oder Bereicherungsansprüche gegen die Miterben angewiesen.

Daß der TV. befugt ist, zum Zweck der Auseinandersetzung Nachlaßgegenstände auf einen Miterben zu übertragen, ist eine

---

[1] Damit er hiezu imstande ist, muß Recht und Pflicht zur Auskunftserteilung und zur Leistung des Offenbarungseides, welche die Erben nach § 2057 gegeneinander haben, auch auf das Verhältnis zwischen Erben und TV. ausgedehnt werden (so auch Marcus S. 63, Sturm S. 71, Frommhold und Planck-Ritgen zu § 2204). Daraus, daß § 2057 in § 2204 nicht erwähnt ist, darf kein Schluß auf das Gegenteil gezogen werden; denn in § 2204 konnten logischerweise nur die §§, welche Vorschriften über die Grundsätze der Auseinandersetzung enthalten, herangezogen werden; der § 2057 aber stellt ein Hilfsmittel zu ihrer Durchführung auf und bildet keine Vorschrift, „nach deren Maßgabe die Teilung zu bewirken wäre".

[2] Marcus S. 63, Förster B. III.

Konsequenz seiner Teilungsbefugnis. Fraglich ist jedoch, ob der TV. auf Grund von § 753 BGB (der in § 2042 Abs. 2 beigezogen ist) die Verpflichtung hat, Nachlaßgegenstände, bei denen die Naturalteilung ausgeschlossen ist, im Wege des Pfandverkaufs, bezw. der Zwangsversteigerung zu versilbern und dann erst den Erlös zu verteilen, oder ob er auch ohne dieses Verfahren befugt ist, die Gegenstände in natura einem Miterben auf seinen Erbteil zuzuweisen. Daß der TV. die Macht hiezu hat, ist außer Zweifel, es kann sich höchstens um eine obligatorische Verpflichtung zur Einhaltung der Vorschriften des § 753 handeln. Cosack (§ 395) verneint die Befugnis des TV., entscheidet sich aber unter Hinweis auf das freie Verwaltungs- und Verfügungsrecht des TV. (§ 2205) für die Zulässigkeit eines freihändigen Verkaufs. Mayer-Reis (S. 97 Anm. 14) ist der Ansicht, der TV. könne sehr wohl, wenn die Teilung eines Grundstücks nicht möglich oder nicht tunlich sei, das ganze Grundstück einem Miterben zuteilen, er habe nicht die Vorschriften des § 753 zu beachten, denn er sei in seiner Verfügungsgewalt unbeschränkt. Der TV. hat m. E. auf Grund dieser Verfügungsgewalt wohl die Macht, einem Miterben Gegenstände in natura auf seinen Erbteil anzuweisen, er handelt aber damit der ihm nach § 753 BGB obliegenden Pflicht zuwider und kann infolge dessen von den Erben für etwaigen Schaden haftbar gemacht werden (§ 2219). Sind dagegen sämtliche Erben mit der Zuweisung eines Nachlaßgegenstandes an einen von ihnen einverstanden, so liegt keine Pflichtverletzung vor, denn dann greift der oben aufgestellte Grundsatz ein, daß die Interessen der Erben mit denen des Erblassers mangels eines besonderen entgegenstehenden Interesses zusammenfallen. Es ist im Falle des Einverständnisses sämtlicher Erben auch wirklich nicht einzusehen, warum trotzdem ein kostspieliger Zwangsverkauf oder überhaupt ein Verkauf in Szene gesetzt werden soll. Die Frage nach der Zulässigkeit des freihändigen Verkaufs wird ebenso entschieden werden müssen: wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt hat, ist der TV. zwar verpflichtet, den § 753 zu beachten, aber er hat die Macht, freihändig zu verkaufen; tut er dies, so begeht er eine Pflichtverletzung und kann von den Erben auf Schadensersatz belangt werden, sofern diese nicht sämtlich ihre Einwilligung zu dem freihändigen Verkauf gegeben haben.

Im Anschluß hieran erhebt sich die allgemeine Frage, wie

sich der TV. bei der Auseinandersetzung einem einstimmigen Beschluß der Erben gegenüber zu stellen hat. Die Antwort geht meist dahin, daß ein einstimmiger Beschluß den TV. nicht binde, da der TV. über den Erben stehe. Von dieser Regel werden jedoch Ausnahmen gemacht. Einmal soll der Beschluß, überhaupt nicht auseinanderzusetzen, den TV. binden;[1] sodann sollen Vereinbarungen über die Ausgleichung von Vorempfängen von dem TV. zu berücksichtigen sein, weil es sich hier um verzichtbare persönliche Rechte handle;[2] endlich soll in dem Falle, daß die Auseinandersetzung von dem Erblasser in das billige Ermessen des TV. gestellt ist, das Ermessen des TV. nur insoweit entscheidend sein, als eine Einigung unter den Erben nicht erzielt werde.[3] Diese Auffassung erscheint nicht nur als willkürlich, sondern auch als zu eng; den Beschlüssen der Erben muß auch in anderen Fällen eine größere Bedeutung beigelegt werden. Maßgebend ist, wie schon oben hervorgehoben, auch hier das Verhältnis, in welchem die Interessen des Erblassers zu denen der Erben stehen (vgl. oben 1. Kap. B. II.). Der TV. hat sich einem einstimmigen, von den Vorschriften der §§ 2042 ff. BGB abweichenden Beschluß der Erben dann zu fügen, wenn keine besonderen Interessen des Erblassers der Ausführung dieses Beschlusses im Wege stehen. Allerdings scheint die Fassung des § 2204 BGB dieser Auffassung zu widersprechen, insofern dem TV. nur die Anhörung der Erben über den Teilungsplan zur Pflicht gemacht ist. Für diese Auffassung aber spricht entscheidend, daß die TV.-ung nicht um ihrer selbst willen besteht, sondern daß sie in erster Linie die Wahrnehmung der Interessen des Erblassers und in zweiter das Beste der Erben bezweckt. Es ist deshalb kein Grund einzusehen, warum der TV. in Fällen, in denen sich die Interessen der Erben in einem einmütigen Beschluß kundgeben und sich ergibt, daß kein erblasserisches Interesse entgegensteht, trotzdem diesen Beschluß zu ignorieren und den Miterben willkürlich die Kosten eines späteren Umtausches aufzubürden berechtigt sein soll. Den Zwecken des Instituts der TV.-ung entspricht es entschieden mehr, wenn man eine Verpflichtung des TV., unter den erwähnten Voraussetzungen den übereinstimmenden Willen der Erben zum Ausdruck zu bringen,

[1] Planck-Ritgen, Erl. 2e zu 2204 und Herzfelder S. 453.
[2] Planck-Ritgen a. a. O., Frommhold, Herzfelder zu § 2204.
[3] Sturm S. 71, Meischeider S. 492, Frommhold zu § 2204.

annimmt. Es kann sich hiebei freilich nur um eine obligatorische Bindung handeln, so daß zwar die entgegen dem Willen der Erben getroffenen Maßnahmen bei Ausführung des Auseinandersetzungsplanes zu Recht bestehen, der TV. aber von den Erben auf Schadensersatz (z. B. Ersatz der Kosten des Umtauschs) in Anspruch genommen werden kann.

Wenn nun aber der TV. von den gesetzlichen Teilungsvorschriften ohne Ermächtigung des Erblassers und gegen den Willen der Erben abweicht? Sind diese hieran gebunden? Arnold (a. a. O. § 2) erklärt die Verfügungen des TV. in diesem Fall für gültig, der TV. mache sich jedoch persönlich haftbar. Weißler (S. 188) ist der Ansicht, die Erben können widersprechen und nötigenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung die Vornahme des Geschäfts hindern. Sturm (§ 24) andererseits gibt den Erben nicht ohne weiteres ein Klagrecht, weil nicht das Ermessen des Richters, sondern des TV. entscheiden solle. Hiegegen wendet sich mit Recht Weißler, dessen Standpunkt der richtige sein wird, indem er erklärt, die Begründung Sturms passe nur auf den Fall, daß die Auseinandersetzung dem billigen Ermessen des TV. überlassen sei; sonst entscheide nicht dessen Ermessen, sondern das Gesetz, und gegen ungesetzliche Anordnungen des TV. müsse immer Klage gegeben sein.[1] Umgekehrt ist auch der TV. zur Klage gegen die Erben berechtigt, wenn diese behaupten, der Teilungsplan verstoße gegen die §§ 2042 ff. BGB; sein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß dieser Widerspruch der Begründung entbehre, liegt in der Gefahr, daß gegen ihn später Regreß genommen werden könnte.

Hat der Erblasser den TV. ermächtigt, die Nachlaßteilung nach billigem Ermessen vorzunehmen, so ist damit auch ausgesprochen, daß die Erben sich die Durchführung eines offenbar unbilligen Teilungsplanes nicht gefallen zu lassen brauchen. Ist der Plan offenbar unbillig, so können sie das Prozeßgericht anrufen, und das dann ergehende Urteil ist für die Auseinandersetzung maßgebend.[2] Brettner (S. 221) verweigert den Erben das Recht, auf richterliche Entscheidung anzutragen, weil der TV. nicht „ein Dritter“ sei, nach dessem billigem Ermessen die Auseinandersetzung

[1] Ebenso Peiser S. 210, Förster B. III.

[2] So Marcus S. 63, Peiser S. 210, Frommhold zu § 2204.

erfolgen solle; es genügen nach seiner Ansicht die den Erben zustehenden Schadensersatzansprüche gegen den TV., Bereicherungsansprüche gegen Miterben und das Recht, auf Entlassung des TV. anzutragen. Dies ist gegenüber der allgemeinen Verweisung in § 2204 auf die §§ 2042—56 BGB unrichtig; § 2048 kann gar nicht anders entsprechend angewendet werden, als dadurch, daß man statt des „Dritten" den TV. einsetzt. Außerdem verlangt es das berechtigte Interesse der Erben, daß bei offenbarer Unbilligkeit, die übrigens von den Erben zu beweisen ist, richterlicher Schutz gegeben sein muß; sonst wäre ein Erbe — vollends bei Kollusion der anderen Erben mit dem TV. — vollständig der Willkür des TV. ausgeliefert. Die von Brettner erwähnten Rechtsbehelfe genügen wohl für den Regelfall, wo Kautelen für die Erben insofern gegeben sind, als der TV. sich bei der Teilung entweder an die gesetzlichen Vorschriften der §§ 2042 ff. oder an bestimmte Anordnungen des Erblassers zu halten hat. Hier aber bildet das billige Ermessen die einzige Richtschnur.

3. Verwaltung des Nachlasses.

Das BGB hat die Ausführung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers und die Auseinandersetzung des Nachlasses zur regelmäßigen Aufgabe des TV. gemacht. Der TV. ist hiernach, wie schon oben hervorgehoben wurde, berechtigt, die dinglichen Rechtsgeschäfte vorzunehmen, welche zur unmittelbaren Vollziehung des letzten Willens erforderlich sind, und die Nachlaßgegenstände zur Verwirklichung des Auseinandersetzungsplanes auf die Erben zu übertragen. Diese Befugnisse dem TV. noch ausdrücklich im Gesetz beizulegen, war unnötig, denn sie sind selbstverständliche Konsequenzen der §§ 2203 und 2204 BGB. Wohl aber mußte das Gesetz die Stellung des TV. zum Nachlaß ausdrücklich regeln und ihm insbesondere eine gewisse Macht über die Verlassenschaft einräumen. Das BGB überträgt demgemäß in § 2205 dem TV. die Verwaltung des Nachlasses. Den Begriff der Verwaltung setzt das BGB als bekannt voraus. Planck (IV S. 109) hebt hervor, bisweilen werde unter Verwaltung nur die sog. „laufende Verwaltung" eines Vermögens, d. h. die Fürsorge für die Erhaltung des Vermögens ohne Änderung der Substanz und für die Ziehung der Nutzungen verstanden; oft aber werde dem Begriff ein umfassenderer Inhalt

gegeben. Das letztere trifft auch hier zu: unter Verwaltung muß hier die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung (auch über die Substanz) verstanden werden.

Fast allgemein in der Literatur wird betont, das Verwaltungsrecht stehe nicht als weitere dritte Aufgabe selbständig neben denen in §§ 2203 und 2204 BGB, sondern es sei dem TV. als Mittel zur Durchführung der zwei Hauptaufgaben beigegeben. Es wird zuzugeben sein, daß die Verwaltung des Nachlasses, wenn man sie als eine weitere Aufgabe ansieht, mit den beiden anderen Aufgaben nicht ganz auf derselben Stufe steht; wie mit allen Verwaltungsakten, so werden auch mit denjenigen, die der TV. vornimmt, bestimmte Zwecke verfolgt, und diese Zwecke sind eben gerade die Vollziehung der letztwilligen Verfügungen und die Auseinandersetzung des Nachlasses. Die Verwaltung erscheint also hier wesentlich als Mittel zum Zweck. Dennoch aber ist sie nicht ausschließlich Mittel zum Zweck. Der TV. übt die Verwaltung des Nachlasses nicht bloß aus als eine ihm eingeräumte Macht, sondern vielmehr als eine ihm auferlegte selbständige Verpflichtung. Der Erblasser hat ein Interesse daran, daß bis zur Erledigung der sonstigen dem TV. obliegenden Aufgaben eine richtige Verwaltung des Vermögens stattfinde. Die Verwaltung trägt also von diesem Gesichtspunkt aus doch auch den Charakter einer selbständigen, dem TV. zugewiesenen Aufgabe an sich. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird bestätigt durch die vollständige Gleichheit der Fassung der §§ 2203—2205 BGB („hat" zu verwalten etc.).

Gegenstand der Verwaltung ist im Normalfalle der TV.-ung der ganze Nachlaß. Unrichtig ist es deshalb, wenn Endemann (§ 53) behauptet, dem TV. stehe die Verwaltung nur soweit zu, als sie zur Ausführung der ihm obliegenden Pflichten erforderlich sei; dieser objektiv begrenzte Umfang der Verwaltung folge aus § 2217 BGB. Förster[1] führt zur Widerlegung Endemanns in durchaus zutreffender Weise aus: der Grund von § 2217 sei der mutmaßliche Wille des Erblassers; „offenbare" Entbehrlichkeit einzelner Gegenstände könne bei Beginn des TV.-Amts noch gar nicht vorgelegen haben, denn sonst wäre auf Grund des anzunehmenden Willens des Erblassers ein Verwaltungsrecht bezüglich dieser Gegenstände gar nicht entstanden. Dies setze aber § 2217 voraus;

[1] a. a. O. B. III.

der § sage: Ergibt sich im Laufe der Verwaltung eine bei Beginn nicht vorhanden gewesene offenbare Entbehrlichkeit, so ist der TV. verpflichtet, diese entbehrlichen Gegenstände dem Erben zu überlassen. Schon der Wortlaut spricht m. E. gegen die Ansicht Endemanns; § 2217 spricht von „Überlassen" der Gegenstände und „Erlöschen" des Verwaltungsrechts, ein solches muß also doch vorher entstanden sein. Außerdem macht Andrée (a. a. O. unter IV) mit Recht geltend, der § 2217 verpflichte den TV. nur obligatorisch („auf Verlangen"); wenn der Erbe die Gegenstände nicht herausverlange, so könne der TV. auch bezüglich dieser und auch während eines eventuellen Prozesses mit dem Erben Verwaltungshandlungen vornehmen. Die Ansicht Endemanns entbehrt also, soweit sie das Verwaltungsrecht des TV. als durch den weiteren oder engeren Umfang seiner Hauptaufgaben objektiv begrenzt ansieht, der Begründung.

II. Die dem TV. zur Erfüllung der Aufgaben eingeräumten Befugnisse.

1. Die regelmäßigen Befugnisse.

a. Inbesitznahme des Nachlasses.

Als Ausfluß des Verwaltungsrechts hebt das BGB in § 2205 ausdrücklich in erster Linie die Befugnis des TV. hervor, den Nachlaß in Besitz zu nehmen. Der Besitz mußte dem TV. gegeben werden, da ihm sonst die Durchführung der ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben unmöglich gemacht oder zum mindesten erheblich erschwert worden wäre. Beide Hauptaufgaben erfordern die Tradition von Nachlaßgegenständen und Verschaffung des Besitzes an die Bedachten; als besitzloser TV. wäre er hiezu gar nicht imstande und vollständig auf den guten Willen der Beteiligten angewiesen. Der TV. wird nun aber nicht etwa, wie Marcus (S. 64) annimmt, mit Annahme des Amtes kraft Gesetz Besitzer; ebensowenig wird er es durch einseitige an den Erben gerichtete Erklärung. Von einer Besitzeinweisung durch das Nachlaßgericht vollends ist gar keine Rede. Für diese Auffassungen gibt das Gesetz keinen Anhaltspunkt. In § 2205 Satz 2 BGB heißt es im Gegenteil, der TV. sei berechtigt, den Nachlaß „in Besitz zu nehmen"; der Besitzerwerb richtet sich also nach den allgemeinen Grundsätzen der

§§ 854 ff. BGB, und hienach wird der Besitz erst durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Der TV. darf sich den Besitz nun aber nicht mit Gewalt verschaffen, sondern hat gegen den Erben, der den Besitz des Nachlasses nicht aufgeben will, im Wege der Klage vorzugehen. Diese Klage ist nicht etwa eine possessorische, sie stützt sich nicht auf den Besitz, sondern bezweckt erst dessen Erlangung; Klagegrund ist das in § 2205 Satz 2 gegebene Recht, sich den Besitz des Nachlasses zu verschaffen. Wenn der TV. dem Erben den Besitz ohne seinen Willen entzieht, macht er sich einer verbotenen Eigenmacht schuldig. Die Bestimmung des § 2205 Satz 2 ist nicht dahin aufzufassen, daß „das Gesetz hier die Entziehung des Besitzes ohne den Willen des Erben gestatte", sondern in der Fassung, der TV. „sei berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen", liegt, daß dem TV. bei Weigerung des Erben nicht Selbsthilfe zu Gebote steht, sondern daß er sein Recht auf Besitz mit den gesetzlichen Mitteln, also der Anrufung des Gerichts, zur Geltung zu bringen habe.

Objekt des Besitzes ist „der Nachlaß", natürlich aber nur insoweit, als er nach BGB überhaupt den Gegenstand eines Besitzes im technischen Sinn bilden kann. Es soll also hier nicht ein sog. Rechtsbesitz anerkannt werden. Grundsätzlich erstreckt sich der Besitz des TV. auf alle eines Besitzes fähigen Nachlaßsachen. Eine Einschränkung kann sich im Lauf der Verwaltung infolge der Vorschrift des § 2217 BGB ergeben.

Über die Natur des Besitzes des TV. besteht jetzt kaum mehr Streit in der Literatur; die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller geht davon aus, daß der TV. unmittelbarer, der Erbe mittelbarer Besitzer im Sinn von § 868 BGB ist. Es ist allerdings auf den ersten Blick zweifelhaft, ob der TV. zu dem Erben in einem Verhältnisse steht, das den in § 868 aufgeführten ähnlich ist. Das charakteristische Merkmal des mittelbaren Besitzes aber, welches darin liegt, daß jemand einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet ist, trifft im Verhältnis des TV. zum Erben vollkommen zu. Die Anhänger der Erbenvertretungstheorie[1] sehen den TV. weder als unmittelbaren Besitzer noch als Besitzdiener an, sondern als den „Vertreter des Erben im Besitz". Eine Vertretung im Besitz gibt es aber nach BGB nicht; eine

[1] Z. B. Herzfelder, Erl. 3 zu § 2205, Weißler S. 189.

Vertretung gibt es nur bei Abgabe von Willenserklärungen; der Besitz aber ist nach BGB etwas rein Tatsächliches, die tatsächliche Gewalt über eine Sache. Wenn jemand die tatsächliche Gewalt hat, so kann er nur entweder Besitzer oder Besitzdiener sein. Der TV. ist kein Besitzdiener, da er zu dem Erben nicht in einem Verhältnis steht, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen desselben Folge zu leisten hätte (§ 855 BGB); er kann also nur unmittelbarer Besitzer sein. Der Erbe ist mittelbarer Besitzer. Hiemit erledigt sich also diese Frage ohne einen Schluß aus einer bestimmten Konstruktion, einfach auf Grund des positiven Rechts.

Ist der TV. einmal im Besitz, so stehen ihm die Besitzschutzmittel des BGB bei Eingriffen von seiten dritter Personen zu. Mit der Ablehnung der von Marcus vertretenen Auffassung (s. o.), der TV. erwerbe den Besitz unmittelbar mit Annahme des Amtes, fällt auch ihre Konsequenz, daß nämlich der TV., ohne je einmal tatsächlich im Besitz gewesen zu sein, Besitzschutz gegen denjenigen habe, der nach dem Tod des Erblassers sich widerrechtlich einen Nachlaßgegenstand zueigne, also auch gegen den Erben. Wie oben ausgeführt wurde, ist die Klage gegen den Erben auf Einräumung des Besitzes keine possessorische. Voraussetzung für die Geltendmachung von possessorischen Ansprüchen ist, daß der TV. den Besitz tatsächlich ergriffen hatte; war dies nicht der Fall, so kann er auf Einräumung des Besitzes nur auf Grund seines ihm in § 2205 Satz 2 gegebenen Rechts zum Besitz klagen.

Der Besitz des TV. dauert bis zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben, regelmäßig also bis zu der Verteilung des Nachlasses.

b. Verfügungsrecht über die Nachlaßgegenstände.

Daß dem TV. ein Verfügungsrecht über die Nachlaßgegenstände insoweit unbedingt zustehen muß, als zur unmittelbaren Erfüllung seiner Aufgaben notwendig ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Das BGB ist nun aber weiter gegangen und hat dem TV. in § 2205 Satz 2 das unbeschränkte Verfügungsrecht über die Nachlaßgegenstände zugesprochen. Der I. Entwurf hatte die Verfügungsmacht des TV. kausal beschränkt, indem er in den §§ 1897/99 einzelne Verfügungsrechte aufzählte und dann in § 1900 bestimmte, daß im übrigen dem TV. ein Verfügungsrecht nur zustehe, wenn

die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel für die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit erforderlich sei. Dieser Standpunkt wurde von der II. Kommission (Prot. S. 375) verlassen, in der Erwägung, es spreche für die freie Verfügungsmacht des TV. einmal der Wille des Erblassers, ferner sei sie im Interesse einer ordentlichen Erfüllung seiner Aufgaben und aus Gründen der Praktikabilität notwendig; dies zeige sich weniger bei Sachen, weil hier die Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens zuträfen, als bei Rechten; würde der TV. in seiner Verfügungsmacht kausal beschränkt, so müßte er sich mit jedem Erbschaftsschuldner darüber streiten, ob er in den Grenzen seiner Verfügungsgewalt, z. B. bei Kündigung, Cession, gehandelt habe. Endlich wurde noch auf den Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft hingewiesen, welcher ebenfalls unbeschränkte Verfügungsberechtigung habe, obgleich er bezüglich Eingehung von Verbindlichkeiten (wie der TV.) kausal beschränkt sei.

Die Gefahren, welche die unbeschränkte Verfügungsmacht des TV. für den Erben herbeiführen könnte, werden dadurch bekämpft, daß dem TV. in den §§ 2216/19 BGB eine weitgehende Verantwortlichkeit im inneren Verhältnis zum Erben und auch zu den Vermächtnisnehmern auferlegt wird. Dadurch, daß dem TV. die ordnungsmäßige Nachlaßverwaltung zur Pflicht gemacht ist, ist derselbe auch gehalten, Verfügungen über den Nachlaß nur insoweit vorzunehmen, als sie zur ordnungsmäßigen Verwaltung dienlich und erforderlich sind. Trifft der TV. unter Verletzung dieser Schranken Verfügungen über den Nachlaß, so beeinträchtigt dies zwar deren Gültigkeit nicht, verpflichtet aber den TV. zum Schadensersatz. Der von der Verfügung betroffene oder an ihr interessierte Dritte ist zu keinerlei Prüfung verpflichtet, ob die Verfügung als durch den Zweck der Verwaltung geboten vom TV. vorgenommen werden darf; der Vorteil der freien Verfügungsmacht besteht gerade darin, daß die Verfügungen nach außen unter allen Umständen zu Recht bestehen, mag der TV. den Erben durch dieselben noch so sehr in Schaden bringen.

Das Verfügungsrecht erstreckt sich auf den gesamten Nachlaß und zwar nicht bloß auf den zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Nachlaßbestand, sondern auch auf diejenigen Gegenstände, welche als Surrogate für abgehende Nachlaßbestandteile hinzukommen, und überhaupt auf den Neuerwerb, den der Nachlaß noch macht.

Der Begriff der „Verfügung“ ist im BGB ein technischer und umfaßt Veräußerung und Belastung. So gestaltet sich also die verfügende Tätigkeit des TV. hinsichtlich der Immobilien als Auflassung, Hypothekenbestellung, Kündigung, Abtretung und Bewilligung der Löschung von solchen, — ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe als Eigentümer oder die Ernennung des TV. im Grundbuch eingetragen ist, — hinsichtlich des beweglichen Nachlasses als Eigentumsübertragung, Verpfändung, Veräußerung bei drohendem Verderb und zum Zweck der Beschaffung flüssiger Mittel u. s. w. Bemerkenswert ist, daß, auch wenn die Erben minderjährig sind, zur Veräußerung oder Belastung eines Nachlaßgrundstücks eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich ist. Die zum Nachlaß gehörigen Forderungen kann der TV. einziehen, abtreten und kündigen. Besonders hervorzuheben ist ferner die Berechtigung des TV. zur Zahlung der Nachlaßschulden. Hat der TV. die Auseinandersetzung zu bewirken, so ist die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten vor der Teilung seine gesetzliche Pflicht (§ 2046, 2204).

Eine, auch nach außen wirkende, Beschränkung der Verfügungsmacht des TV. ist in § 2205 Satz 3 ausdrücklich erwähnt: zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Es entspricht nicht der Absicht des Testators, daß es rein vom Belieben des TV. abhängen soll, ob der Erbe überhaupt etwas aus dem Nachlaß erhält; der TV. muß also zum mindesten den Beschränkungen unterworfen sein, welchen der Vorerbe selbst dann unterliegt, wenn der Nacherbe nur auf den Überrest eingesetzt ist (Prot. V, S. 280). „Unentgeltliche“ Verfügung ist jede, bei welcher es sich um Aufgabe eines Nachlaßgegenstandes ohne Erlangung irgend eines Äquivalents handelt. Ein Vergleich fällt deshalb, da er ja begrifflich ein gegenseitiges Nachgeben enthält, nicht unter die unentgeltlichen Verfügungen. Dagegen werden Verzicht und Entlassung aus der Pfandhaftung in der Regel hiezu zu rechnen sein. Da die Beschränkung des Verfügungsrechts bei Schenkungen auch nach außen wirksam ist, so hat bei einer Überschreitung der Schenkungsgrenze der Erbe auch weitere Rechte als einen bloßen Ersatzanspruch gegen den TV. Er kann in erster Linie von dem Beschenkten Herausgabe des Geschenks verlangen.

eventuell Ansprüche auf Grund von § 812 ff. BGB geltend machen, und als letztes Hilfsmittel bleibt der Ersatzanspruch gegen den TV. übrig. Der Dritte wird also im eigenen Interesse prüfen müssen, ob die Schenkung im Rahmen der Verfügungsbefugnis des TV. liegt.

Eine weitere Beschränkung des Verfügungsrechts findet Förster[1] darin, daß der TV. im Falle eines Vermächtnisses bestimmter Nachlaßsachen diese nicht zur Beschaffung der Mittel zur Erfüllung anderer Nachlaßverbindlichkeiten verwenden dürfe. Hierin liegt aber keine absolut wirkende Beschränkung; verwendet er die Sachen zu anderen Zwecken, so macht er sich eben den Bedachten schadensersatzpflichtig.

Eine allgemeine Beschränkung, nicht bloß des Verfügungsrechts, sondern überhaupt der Befugnis zum Abschluß von Rechtsgeschäften, ist jedoch hier hervorzuheben: Der TV. kann grundsätzlich mit sich in eigenem Namen oder mit sich als TV. eines dritten Erblassers ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen. Zu diesem Ergebnis kommt man, auch ohne daß man, wie die Anhänger der Erbenvertretungstheorie, den § 181 BGB direkt auf den TV. anwendet, auf Grund der Erwägung, daß der TV. vor allem dazu berufen ist, die Interessen des Erblassers wahrzunehmen (s. oben 1. Kap. B. 1.), und daß sich hiemit ein Handeln im eigenen Interesse des TV. nicht vereinbaren läßt. Ebenso liegt grundsätzlich ein Widerstreit der Interessen vor, wenn der TV. von zwei Erblassern bestellt ist: der TV. ist verpflichtet, die Interessen jedes der beiden Erblasser so gut als möglich wahrzunehmen, und hierzu ist er, wenn diese Interessen sich widerstreiten, regelmäßig nicht imstande, da ein Handeln zugunsten des einen ein Handeln zum Nachteil des anderen in sich birgt. Eine Ausnahme ist aber einmal dann zu machen, wenn dem TV. das Selbstkontrahieren ausdrücklich im Testament gestattet wurde, ferner auch dann, wenn das Selbstkontrahieren nach den Umständen eine Benachteiligung des Nachlasses, bezw., wenn der TV. doppelter TV. ist, des einen oder anderen Nachlasses nicht im Gefolge haben kann, sondern eher von Nutzen ist, indem es zur Vereinfachung dient; dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn es sich ausschließlich um Erfüllung von Verbindlichkeiten handelt. So kommt man also im wesentlichen auf

[1] a. a. O. Ziff. IV, 4.

dasselbe hinaus wie bei direkter Anwendung des § 181 BGB, und hiemit hat die Konstruktionsfrage wieder etwas an Bedeutung verloren.

c. Eingehung von Verbindlichkeiten.

Im Gegensatz zu dem freien Verfügungsrecht des TV. ist seine Befugnis, den Nachlaß wirksam zu verpflichten, grundsätzlich kausal beschränkt. Der TV. ist nach § 2206 BGB zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nur berechtigt, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Entscheidend ist also, ob die Eingehung der Verbindlichkeiten zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung notwendig ist, es genügt nicht, wenn sie ihr bloß dienlich ist. Das Prinzip der Erforderlichkeit ist auch für die zu wählende Form der Verbindlichkeit maßgebend; es kann also ein abstraktes Schuldversprechen sehr wohl im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung liegen, und in dieser Einschränkung ist auch die in Zweifel gezogene Frage, ob der TV. ein dem Erblasser gegebenes, im Nachlaß vorhandenes Wechselblankett auszufüllen berechtigt ist, zu bejahen.

Eine Ausnahme von der kausalen Beschränkung macht das BGB in § 2206 Satz 2: der TV. hat unbeschränkte Befugnis, Verbindlichkeiten zu Verfügungen über Nachlaßgegenstände einzugehen, unter der Voraussetzung, daß er zu den betreffenden Verfügungen selbst berechtigt ist. Da aber sein Verfügungsrecht prinzipiell unbeschränkt ist, so auch seine Befugnis, sich zu einer Verfügung zu verpflichten. Die Ausnahme des § 2206 Satz 2 ist eine sich selbst rechtfertigende Konsequenz des freien Verfügungsrechts: denn der obligatorische Vertrag ist ja immer der Vorläufer des dinglichen; es wäre deshalb unsinnig, den TV. zwar zum Abschluß des dinglichen Vertrags ohne kausale Beschränkung zu ermächtigen, nicht aber zum Abschluß des diesen bedingenden obligatorischen Geschäfts. Zu Mißverständnissen gibt die bei Endemann (S. 226) und Wilke-Reatz (Kom. zu § 2206) aufgestellte Behauptung Anlaß, es gelte zugunsten des Dritten die „Vermutung", daß der Abschluß eines obligatorischen Vertrags über eine Sache, Forderung oder ein sonstiges Recht des Nachlasses innerhalb der Verfügungsmacht des TV. gelegen habe. Hienach wäre der obligatorische Vertrag unwirksam, wenn der Dritte bei dem Abschluß die Ordnungswidrigkeit der Verfügung gekannt hätte. Davon ist

keine Rede; die Bestimmung des § 2206 Satz 2 greift absolut durch. Obligatorischer und dinglicher Vertrag sind wirksam, selbst wenn der Dritte davon überzeugt ist, daß der TV. durch den Abschluß derselben die ihm obliegende Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung verletzt. Der von den beiden Schriftstellern aufgestellte Satz ist nur aufrecht zu erhalten, wenn man damit auf den Ausnahmefall des § 2205 Satz 3 hinweisen will: die Eingehung der Verpflichtung zu einer unentgeltlichen Verfügung ist allerdings unwirksam, wenn sie nicht durch eine sittliche Pflicht oder Rücksicht des Anstandes geboten ist; die „Vermutung", welche dafür spricht, daß der TV. unbeschränkte Befugnis hat, sich zu Verfügungen zu verpflichten, fällt zusammen, wenn es sich um unentgeltliche Verfügungen handelt; dann kann sich auch der Dritte nicht darauf berufen, daß es sich um die „Verpflichtung zu einer Verfügung" gehandelt habe.

Die von dem TV. im Rahmen seiner Befugnis eingegangenen Verpflichtungen sind „Nachlaßverbindlichkeiten" im Sinne von § 1967 BGB und im Nachlaßkonkurs gemäß § 224 Z. 5 KO „Masseschulden". Die mit dem TV. kontrahierenden Gläubiger haben also dieselben Rechte, wie diejenigen, welche noch mit dem Erblasser persönlich kontrahierten. Der Erbe haftet für diese Verbindlichkeiten in der gleichen Weise wie für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten; hat er das Recht zur Haftungsbeschränkung verloren, dann muß er auch persönlich für diese Verbindlichkeiten aufkommen, während im anderen Fall, bei beschränkter Haftung, sein Privatvermögen nicht in Anspruch genommen werden kann. Der TV. haftet für die von ihm im Rahmen seiner Befugnis eingegangenen Verbindlichkeiten natürlich nicht persönlich; zu diesem Ergebnis kommt man ohne Schluß aus irgend einer Konstruktion, einfach auf Grund der Erwägung, daß der TV. eben als solcher und nicht in seiner Eigenschaft als Privatperson kontrahiert, und daß sich, wenn persönliche Haftung bestände, bald kein TV. mehr zur Annahme des Amtes bereit erklären würde!

Für Verbindlichkeiten, die der TV. unter Überschreitung seiner Befugnis eingegangen hat, haftet weder der Nachlaß noch der Erbe. Um zu verhüten, daß der TV. solche Verbindlichkeiten aus dem Nachlaß erfüllt, muß dem Erben schon während der Dauer der TV.-ung das Recht gegeben sein, die Ungültigkeit solcher Ver-

bindlichkeiten gerichtlich feststellen zu lassen. Der Erbe kann ferner, wenn er das Recht der Haftungsbeschränkung verloren oder nicht geltend gemacht hat und persönlich wegen einer solchen Verbindlichkeit in Anspruch genommen wird, dem Gläubiger jederzeit den Einwand entgegensetzen, daß der Anspruch ihm und dem Nachlaß gegenüber ungültig sei. Der Gläubiger kann in diesem Fall gegen den TV. die in § 179 BGB gewährten Ansprüche geltend machen, und zwar kommt man zu diesem Resultat, auch wenn man kein Anhänger der Erbenvertretungstheorie ist, und so den § 179 nicht unmittelbar anwenden kann; denn jedenfalls muß § 179 hier analog angewendet werden zum Schutze des Gläubigers. So erledigt sich also auch dieser Punkt, ohne daß man Schlüsse aus einer bestimmten Konstruktion zu ziehen brauchte, und damit ist die Bedeutung der Konstruktionsfrage auf privatrechtlichem Gebiet noch mehr eingeschränkt. Daß der TV. dem dritten Kontrahenten für deliktisches Verschulden haftet, und daß der Erbe für unerlaubte Handlungen des TV. nicht einzustehen hat, ist außer Zweifel.

Wegen der kausal beschränkten Verpflichtungsbefugnis des TV. und der damit gegebenen Möglichkeit, daß sich später Verbindlichkeiten, die der TV. für den Nachlaß eingegangen hat, als ungültig herausstellen, wird der mit einem TV. kontrahierende Dritte zu prüfen haben, ob die Eingehung der betreffenden Verbindlichkeit im Rahmen seiner Befugnis liegt. Bei späteren Anfechtungen trifft den Gläubiger die Beweislast, daß der TV. zur Eingehung befugt war, nicht der Erbe muß die Nichtberechtigung nachweisen. Man kann nun ruhig sagen, daß eine Prüfung, ob die Eingehung einer Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung objektiv erforderlich ist, für den Dritten, dem jeder Einblick in die Verwaltungstätigkeit des TV. fehlt, in vielen Fällen einfach unmöglich ist. Deshalb ist schon bei den Kommissionsberatungen (Prot. V, S. 528) ausgesprochen worden, die Meinung der Vorlage sei die, daß zugunsten des Gläubigers die Eingehung der Verbindlichkeit als zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich gilt, wenn der Gläubiger bei der Eingehung annehmen durfte, daß sie zu diesem Zweck erfolgt. Diese Auffassung wird nun auch jetzt überwiegend in der Literatur vertreten.[1] Anderer Ansicht ist Meischeider

[1] Planck-Ritgen, Böhm, Mayer-Reis, Förster, Märcker, Enneccerus-Lehmann u. A.

(S. 491): in § 2206 BGB werde objektive Erforderlichkeit für die ordnungsmäßige Verwaltung verlangt, und diese bilde die unbedingte Voraussetzung für den Anspruch auf Erfüllung der Verbindlichkeit, sie werde durch den guten Glauben des Gläubigers nicht ersetzt, hiezu wäre ein besonderer Rechtssatz nötig gewesen (ebenso Herzfelder, Anm. 1 zu § 2206). Allerdings ist zuzugeben, daß der Wortlaut des § 2206 („erforderlich ist") auf eine objektive Auffassung hinzudeuten scheint, und daß ein ausdrücklicher Rechtssatz wünschenswert gewesen wäre. Trotzdem aber wird man der herrschenden Ansicht beistimmen müssen und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, daß die Feststellung der objektiven Erforderlichkeit in der Regel für den Dritten ein Ding der Unmöglichkeit ist, daß sich infolgedessen viele in Geschäfte mit dem TV. nicht einlassen würden, weil ihnen das durch die Ungewißheit, ob ihre Ansprüche später anerkannt werden, geschaffene Risiko zu groß ist, und daß dadurch die Geschäftsführung des TV. wesentlich erschwert werden würde. Ferner ist auch auf die in den Entsch. des R.O.H.G. XXIII, S. 224, XXI, S. 317 ausgesprochenen Gedanken hinzuweisen; dort wird der gleiche Grundsatz für einen ähnlichen Fall, nämlich die Kontrahierung mit dem Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft, ausgesprochen. — So wird also der Gläubiger, wenn er die objektive Erforderlichkeit nachzuweisen nicht imstande ist, wenigstens beweisen müssen, daß die Eingehung der betreffenden Verbindlichkeit durch den TV. ihrem Inhalt nach zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sein konnte, und daß er annehmen durfte, sie sei zu diesem Zweck eingegangen worden. Dann gilt zugunsten des Gläubigers die Eingehung als zur ordnungsmäßigen Verwaltung objektiv erforderlich, nicht aber zugunsten des TV., auf den der Erbe seinen Regreß nehmen kann.

Die Verbindlichkeiten, welche der TV. innerhalb seiner Berechtigung eingegangen hat, können vom Erben nicht angefochten werden. Diesem ist aber außerdem in § 2206 Abs. 2 BGB noch ausdrücklich die Verpflichtung auferlegt, zu solchen Verbindlichkeiten seine Einwilligung zu erteilen, eine Bestimmung, die ebensosehr im Interesse des TV., als des dritten Kontrahenten liegt. Denn die Einwilligung stellt einmal den TV. vor späteren Ersatzansprüchen des Erben sicher, welche dieser auf eine Überschreitung der Verpflichtungsbefugnis stützen wollte; andererseits sanktioniert sie aus-

drücklich die Befugnis des TV. zur Eingehung der Verbindlichkeit und sichert damit den Anspruch des Dritten vor dem Einwand, daß dem TV. die Legitimation zur Begründung der Schuld gefehlt habe. Der Dritte ist überhaupt der Prüfung der Befugnis des TV. überhoben. Wenn nun der Dritte hier ein Sicherungsmittel hat so dürfte es auf den ersten Blick als unnötig erscheinen, ihm noch weiter durch die oben vertretene, subjektive Auffassung des „erforderlich" (in § 2206 Abs. 1) einen weiteren Schutz zu geben. Hiebei ist aber zu beachten, daß die Einholung der Einwilligung in allen zweifelhaften Fällen eine ungeheure Geschäftsverschleppung herbeiführen würde, besonders wenn mit dem entfernt wohnenden Erben ein brieflicher Verkehr gepflogen werden müßte. Solche Weitläufigkeiten würden auch die Bereitwilligkeit, Geschäfte mit einem TV. zu machen, erheblich abschwächen. Die Möglichkeit, die Einwilligung des Erben zu erlangen, kann also nicht gegen die subjektive Auffassung des § 2206 Satz 1 BGB ausgespielt werden. Die Einwilligung wird hauptsächlich eine Rolle spielen bei Verträgen, welche sich über eine längere Zeitspanne hinziehen, also bei längeren Miet- und Pachtverträgen, bei Aufnahme von Darlehen; denn der Beweis dafür, daß die Eingehung dieser Verbindlichkeiten zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich war, wird um so schwerer, je weiter die für die Schuldbegründung maßgebenden Verhältnisse zurückliegen.

Die Erteilung der Einwilligung kann vom TV. im Klagewege erzwungen werden. Für den Erben begründet sie nicht eo ipso auch die persönliche Haftung; in § 2206 Abs. 2 ist ihm vielmehr ausdrücklich das Recht vorbehalten, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen; die Erteilung der Einwilligung ändert an dem Charakter der Verbindlichkeiten als Nachlaßverbindlichkeiten nichts.

d. Sonstige Befugnisse.

In erster Linie ist hier zu erwähnen die Aktiv- und Passivlegitimation in Nachlaßprozessen, auf welche aber erst im 3. Kapitel eingegangen werden soll.

Der TV. ist ferner gemäß § 217 KO. neben dem Erben zur Stellung des Antrags auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses berechtigt. Nach dem I. Entwurf war nicht beabsichtigt, den TV. hiezu zu ermächtigen. In den Beratungen der II. Kommission aber wurde diese Befugnis als eine Konsequenz der Passivlegitimation des TV.

angesehen und erwogen, daß der TV. am besten imstande sein werde, die Kräfte des Nachlasses zu beurteilen. Demgemäß ist das Antragsrecht auch ganz davon abhängig, ob dem TV. die Verwaltung des Nachlasses zusteht: nur der TV., welchem die Verwaltung des ganzen Nachlasses, nicht bloß einzelner Nachlaßgegenstände übertragen ist, kann Konkurseröffnung beantragen. Im Falle der Überschuldung des Nachlasses wird der TV. sogar zum Antrag verpflichtet sein. Der Erbe ist beim Antrag des TV. und umgekehrt der TV. beim Antrag des Erben zu hören (§ 217₃ KO).

Damit der TV. über die Kräfte des Nachlasses sich orientieren und sodann über die Entscheidung der Frage, ob er wegen Überschuldung Antrag auf Konkurseröffnung stellen solle, sich schlüssig machen kann, ist ihm in § 991 CPO das Recht gegeben, Antrag auf Aufgebot der Nachlaßgläubiger zu stellen. Auch hier bleibt das Antragsrecht des Erben unberührt. Voraussetzung für die Antragsberechtigung beider ist jedoch, daß die Erbschaft angenommen ist. In Zusammenhang mit dem Recht, Gläubigeraufgebot zu beantragen, steht das Recht zur Stellung des Antrags auf Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks; dieses Recht steht nach § 175 Abs. 1 Satz 2 Zw.V.G. auch dem TV. zu.

Antrag auf Einleitung der Nachlaßverwaltung zu stellen ist der TV. nicht befugt, einmal, da es nicht seine Aufgabe ist, dem Erben die Beschränkung seiner Haftung zu erwirken, und dann, weil er sich durch einen solchen Antrag seiner eigenen Aufgabe und Pflicht zur Verwaltung entziehen würde.

Die dem Erben zustehenden „aufschiebenden Einreden“ der §§ 2014/15 BGB kann auch der TV. geltend machen, ebenso auch die Erschöpfungseinrede des § 1973 und die Einrede des § 1990 BGB.[1]

Endlich ist der TV. als berechtigt anzusehen, den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins zu stellen.[2]

2. Delinbarkeit der Befugnisse.

Da der Wille des Erblassers die oberste Norm, nicht bloß für den Kreis der Aufgaben des TV., sondern auch für den Umfang seiner Befugnisse bildet, so kann die Stellung, welche das

[1] Vgl. Schefold S. 28.

[2] Entsch. des K.G. vom 17. VI. 01, in „Das Recht“, Jahrg. 1901 S. 515.

Gesetz dem TV. regelmäßig zuweist, Erweiterungen und Beschränkungen erfahren.

a. Erweiterungen.

Bei der ohnehin schon sehr freien Stellung, die dem Normaltypus des TV. nach BGB eigen ist, kann naturgemäß von einer weitgehenden Erhöhung seiner Befugnisse nicht die Rede sein. Sind ja doch der Macht des TV. durch dessen Recht auf Besitz des Nachlasses und sein unbeschränktes Verfügungsrecht schon sehr weite Grenzen gesteckt. Die Möglichkeit einer Ausdehnung ist deshalb in der Hauptsache nur mit Beziehung auf die nach § 2206 kausal beschränkte Berechtigung, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, gegeben. Das BGB bestimmt denn auch in § 2207, der Erblasser könne anordnen, daß der TV. in der Eingehung solcher Verbindlichkeiten nicht beschränkt sein solle. Diese Bestimmung ist aber nicht so aufzufassen, als ob der TV. hiemit von der Verpflichtung, den Nachlaß ordnungsmäßig zu verwalten, entbunden wäre. Soweit reicht, wie § 2220 BGB ausdrücklich hervorhebt, die Testierfreiheit nicht. Dem Erben gegenüber ist ein so frei gestellter TV. trotzdem verantwortlich. Die Bedeutung des § 2207 liegt vielmehr darin, daß der TV. nach außen hin eine unbeschränkte Legitimation zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß besitzt, und daß der Dritte einer Prüfung der Verpflichtungsbefugnis des TV. von dem Gesichtspunkt einer ordnungsmäßigen Verwaltung aus vollständig überhoben ist. Eine persönliche Haftung des Erben tritt auch hier nur nach den allgemeinen Grundsätzen ein. Die Verpflichtung zur Einwilligung hat der Erbe nur, wenn die Verbindlichkeit den Voraussetzungen des § 2206 Abs. 1 BGB entspricht. Von der Erweiterung des § 2207 wird ein Erblasser namentlich dann Gebrauch machen, wenn ein größerer Vermögenskomplex Gegenstand der TV.-ung werden soll und zu befürchten ist, daß die beschränkte Verpflichtungsbefugnis für die Verwaltung hemmend wirken werde.

Auch wenn der Erblasser dem TV. die unbeschränkte Berechtigung gemäß § 2207 gegeben hat, bleibt doch die eine Beschränkung bestehen, daß er zur Abgabe von Schenkungsversprechen nur nach Maßgabe von § 2205 Satz 3 befugt ist.

Die Bestimmung des § 2207 BGB ist die einzige, welche von einer Erweiterung der Befugnisse des Normal-TV. handelt. Man

könnte höchstens noch eine zweite in der Bestimmung des § 2209 Satz 1 Halbsatz 2 finden, insofern hienach der Erblasser dem TV. die Befugnis einräumen kann, die Verwaltung des Nachlasses auch nach Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen, während er normalerweise den Nachlaß an den Erben herauszugeben hätte. In einer solchen Anordnung aber liegt nicht so sehr eine Erweiterung der Befugnisse des TV., als vielmehr eine Verbindung von zwei TV.-Typen, des gewöhnlichen und des Verwaltungs-TV.

Es wurde nun schon in den Kommissionsberatungen die Frage aufgeworfen, ob der Erblasser die Stellung des TV. noch über den vom Gesetz bestimmten Rechtskreis hinaus erweitern könne, da ein Antrag auf ausdrückliche Aufnahme eines Rechtssatzes in einem diese Frage bejahenden Sinn gestellt worden war, während die Motive V, S. 241, verneinend entschieden hatten. Der Antrag wurde abgelehnt. Die Frage ist dahin zu beantworten, daß der Erblasser dem TV. außer den ihm als solchem gesetzlich ausdrücklich eingeräumten Befugnissen nur noch solche Befugnisse beilegen kann, die überhaupt ein Erblasser jedem Dritten innerhalb der gesetzlichen Grenzen zuweisen kann. Es kommen hier die erbrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes in Betracht, welche ausdrücklich gestatten, einem Dritten das Wahl- oder Bestimmungsrecht hinsichtlich der Person, welche eine Zuwendung erhalten soll, hinsichtlich der Art der Leistung oder der Verteilung eines letztwillig zugewendeten Gegenstandes einzuräumen (vgl. die §§ 2151, 2153—56, 2193 BGB). Der Erblasser kann also z. B. die Entscheidung darüber, wer von mehreren mit einem Vermächtnis Bedachten das Vermächtnis, oder was jeder derselben von dem vermachten Gegenstand erhalten soll, in die Hände des TV. legen. Ferner bietet sich dem Erblasser in der „Auflage“ (§ 1940 BGB) ein Mittel, die Befugnisse des TV. zu erweitern; hieher gehört z. B. der von Hartmann[1] angeführte Fall des „literarischen TV.“, der von dem Erblasser ermächtigt ist, hinterlassene Manuskripte oder Briefe zu vernichten, auch wenn dem Erben hiedurch ein hoher Vermögensschaden erwachsen sollte.

Nicht ausdrücklich im Gesetz entschieden ist die Frage, ob der Erblasser durch letztwillige Anordnung einen Dritten, bezw. den TV. zum Schiedsrichter ernennen kann, und die damit zusammen-

[1] Vhdlgen des 21. Juristentags, I, S. 29.

hängende Frage, ob der Erblasser einen Dritten oder den TV. zur authentischen Interpretation des Testaments berechtigen kann.

Der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel wird in § 1048 CPO Erwähnung getan: es sollen auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügungen angeordnet werden, die Bestimmungen des X. Buches entsprechende Anwendung finden. Die Statthaftigkeit solcher Verfügungen ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen. Für das gemeine Recht wurde die Wirksamkeit der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel von Schloßmann[1] bejaht, aber entgegenstehende Parteivereinbarung für zulässig erklärt. Vom Standpunkt des BGB aus betrachtet glaubt Schloßmann (S. 324ff.) die Frage der Wirksamkeit dieser Klausel verneinen zu müssen; das BGB erwähne dieselbe nirgends; unter den Anordnungen, welche der Erblasser im Testament treffen könne (§§ 1937/41 BGB), befinde sie sich nicht, und dem Begriff der „Auflage" lasse sie sich nicht unterstellen. Doch werde die Praxis wohl schwerlich der Klausel, deren Gültigkeit bisher landesrechtlich allgemein anerkannt worden sei, die Wirksamkeit versagen. Jedenfalls aber sei dann die Zulässigkeit einer die Klausel außer Kraft setzenden Parteiberedung nicht zu bezweifeln.

Die Wirksamkeit der Schiedsgerichtsklausel wird denn auch fast allgemein bejaht, und zwar wird sie teils abgeleitet aus den Bestimmungen der §§ 2048, 2156, 2192f. BGB,[2] teils aus dem Begriff der Auflage, welche jedes Tun und Unterlassen umfasse,[3] teils wird sie ohne weitere Begründung anerkannt.[4] Daß das BGB mit Aufzählung der Anordnungen, die der Erblasser letztwillig treffen kann, erschöpfend sein wollte, wird nicht bestritten werden.[5] Andererseits steht fest, daß das BGB die letztwillige Schiedsgerichtsklausel nicht erwähnt. Es kann sich also nur noch fragen, ob diese Klausel unter eine der ausdrücklich gestatteten Kategorien von letztwilligen Anordnungen fällt. Aus den Bestimmungen der

[1] „Über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel", Jherings Jahrbuch Bd. 37 S. 301 ff.

[2] Strohal, 2. Aufl. S. 66.

[3] So insbesondere Planck-Ritgen, Vorb. zu §§ 1937/41.

[4] Scherer, S. 284.

[5] Vgl. die Fassung der §§ 1937/41 und der Bestimmungen, welche letztwillige Verfügungen familienrechtlicher Natur zulassen, Planck-Ritgen a. a. O.

§§ 2048 etc. BGB folgt die Wirksamkeit der Klausel nicht. Denn diese Bestimmungen erklären es nur für zulässig, die Ermittlung von Tatsachen in das billige Ermessen eines Dritten zu stellen; von einem „Schiedsrichter" kann man aber nur dann sprechen, wenn er die Aufgabe hat, durch Subsumtion von Tatsachen unter Rechtssätze die rechtlichen Beziehungen der Parteien festzustellen.[1] Daß es zulässig sei, auch solche Schiedsrichter zu ernennen, das kann man aus den vorgenannten Bestimmungen nicht herauslesen. Es bleibt also nur übrig, die Klausel unter den Begriff der Auflage zu bringen, und als solche wird man allerdings (entgegen Schloßmann) die Klausel auch für das BGB retten können. Das Wort „Leistung" in § 1940 BGB wird für alles und jedes Tun des Beschwerten gebraucht,[2] und wenn der Erblasser anordnet, die aus seinem Testament entstehenden Streitigkeiten sollen durch den N.N. oder den TV. als Schiedsrichter entschieden werden, so will er im Zweifel damit seine Erben zur Anrufung des Schiedsrichters, also zu einem Tun verpflichten (vgl. § 2084 BGB). Als unzulässig und unwirksam wird nur eine Anordnung zu behandeln sein, welche für den Streit der Erben mit dem TV. selbst den TV. zum Schiedsrichter ernennt; denn niemand kann Richter in eigener Sache sein.

Nun erhebt sich aber die weitere Frage: Ist die Schiedsrichterklausel, wenn ihrer ungeachtet ein Rechtsstreit vor das ordentliche Gericht gebracht wird, von Amtswegen zu berücksichtigen? Die Antwort muß verneinend lauten. Im Gegensatz zum früheren Recht ist zwar die Einrede, daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter zu erfolgen habe, nach CPO § 274 Abs. 2 Ziff. 3 (neu eingefügt) eine prozeßhindernde; aber sie gehört nicht zu den von Amtswegen zu berücksichtigenden. Das Gericht hat also die letztwillige Schiedsgerichtsklausel nur im Falle ihrer Geltendmachung durch eine der Parteien zu beachten. Die streitenden Nachlaßinteressenten können nun vereinbaren, es solle die Einrede nicht vorgebracht werden. Wie stellt sich hiezu der zum Schiedsrichter ernannte TV.? Er kann ebensowenig wie ein zum Schiedsrichter ernannter Dritter verhindern, daß das ordentliche Gericht eine Entscheidung in der Sache trifft. Marcus (S. 61) und Frommhold (Erl. zu § 2203) sind der Ansicht, der TV. könne einem bei

[1] Vgl. Gaupp-Stein, Erl. zu § 1048 CPO.
[2] So Wendt, Archiv f. c. Pr., Bd. 92 S. 1ff., 48.

den Gerichten anhängig gemachten Rechtsstreit als Hauptintervenient nach § 64 CPO entgegentreten; dies ist durchaus unhaltbar, denn die Voraussetzungen des § 64 CPO treffen nicht zu. Man wird vielmehr annehmen müssen, daß der übereinstimmende Wille der Erben, unter Übergehung des Schiedsrichters das ordentliche Gericht anzugehen, auch den TV. regelmäßig bindet; denn in der Regel sind es ausschließlich die Interessen der Erben und sonstigen Nachlaßbeteiligten, welche der Erblasser mit Anordnung eines Schiedsgerichts verfolgt. Es können aber, wie Schloßmann (S. 305) mit Recht hervorhebt, auch die eigenen Interessen des Erblassers mitbestimmend für die Anordnung sein. Ergibt sich dies aus der letztwilligen Verfügung, so hat der TV. als Hüter der Interessen des Erblassers mit allen Mitteln, auch gegen den Willen der streitenden Erben, seine Schiedsrichterstellung zur Geltung zu bringen. Der Schiedsspruch selbst ist in allen Fällen nur unter den Voraussetzungen des § 1041 CPO angreifbar.

Wenn man die Zulässigkeit der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel anerkennt, so darf man auch einer letztwilligen Verfügung, in welcher der Erblasser den TV. zur authentischen Interpretation des Testaments berechtigt, die Wirksamkeit nicht versagen.[1] Wilke-Reatz (zu § 2203) und Seckt (§ 12) sprechen sich gegen die Zulässigkeit dieser Anordnung aus, Wilke mit der Begründung, daß dadurch entgegen § 2065 BGB die Möglichkeit zugelassen wäre, daß unter Umständen nicht der nach Überzeugung des Prozeßgerichts ausgesprochene Wille des Erblassers, sondern des TV. über den Inhalt seiner Bestimmung entscheide. Dies ist aber unrichtig; ein Verstoß gegen § 2065 BGB liegt nicht vor, denn § 2065 verbietet bloß, die Entscheidung über die Geltung einer letztwilligen Verfügung, ferner die Bestimmung der zu bedenkenden Person und des Gegenstandes der Zuwendung einem Dritten zu überlassen, nicht aber die Entscheidung der Frage, was der Erblasser mit einer als gültig vorausgesetzten letzten Verfügung sagen wollte. Es fragt sich weiter, ob die Nachlaßbeteiligten sich die Auslegung des TV. unter allen Umständen gefallen lassen müssen. Marcus, Sturm, Endemann, Frommhold sind der Ansicht, daß die Korrektur der Entscheidung des TV. durch Richterspruch im Prozeßweg vorbehalten sein müsse, daß aber eine Anrufung des Gerichts nur

[1] Ebenso Herzfelder S. 436, Planck-Ritgen, Erl. 5 zu § 2203.

unter den Voraussetzungen des § 256 CPO und der einstweiligen Verfügung zulässig sei. Wenn dies richtig wäre, was hätte dann das Recht des TV. zur authentischen Interpretation für einen Sinn? Es wäre einfach illusorisch gemacht. Es gibt m. E. nur die Alternative: entweder erklärt man eine dem TV. das Recht zur authentischen Interpretation beilegende Anordnung überhaupt für unzulässig oder aber muß man, wenn man das Gegenteil annimmt, konsequent bleiben und eine Korrektur der Entscheidung durch Richterspruch ebensowenig zulassen wie bei einer schiedsrichterlichen Entscheidung (§ 1041 CPO ist hier ohne Bedeutung). Man wird auch nicht, wie Planck-Ritgen und Herzfelder (a. a. O.) im Anschluß an Entsch. des R.G. XIV S. 194, eine Einschränkung dahin machen dürfen, daß das Gericht dann angerufen werden könne, wenn der TV. unter eine völlig klare Testamentsbestimmung einen Fall subsumiere, der an sich nicht darunter gehöre; denn die Entscheidung, ob eine Bestimmung klar ist oder nicht, ist Sache rein subjektiver Anschauung, und, wenn einmal Streit über eine Bestimmung entsteht, so kann von völliger Klarheit nicht mehr gesprochen werden; ebenso Goldfeld (S. 105), der ausführt: Der TV. solle ja gerade an Stelle des Testators bestimmen, welchen Sinn dieser mit den gewählten Bestimmungen habe verbinden wollen, und hiefür sei es ganz gleichgültig, ob andere Leute es für unzweifelhaft halten, daß sie anders zu verstehen seien. Eine Anrufung des Gerichts gegenüber einer Entscheidung des TV. wird also für unzulässig zu erachten sein. Der TV. ist natürlich verpflichtet, seine Entscheidung nach bester Überzeugung abzugeben; bei fahrlässiger oder gar vorsätzlicher falscher Auslegung kann er auf Grund von § 2219 BGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Die Bedenken, welche gegen die Zulässigkeit der Beilegung des Rechts zur authentischen Interpretation sprechen könnten, werden durch § 2219 BGB wesentlich abgeschwächt.

b. Beschränkungen.

Gegenüber der begrenzten Möglichkeit, die gesetzlichen Befugnisse des TV. zu erweitern, ist die Berechtigung des Erblassers zu ihrer Reduzierung nicht beschränkt. Ja, es bedarf sogar nicht einmal einer ausdrücklichen Anordnung der Beschränkung, sondern der TV. hat gemäß § 2208 BGB die normalen Befugnisse schon dann nicht, wenn anzunehmen ist, daß sie ihm nach dem Willen

des Erblassers nicht zustehen sollen. Der Wille des Erblassers kann indirekt aus seinen letztwilligen Verfügungen hervorgehen, oder aus Umständen, die außerhalb des Testaments liegen. So wird man es z. B. als im Willen des Erblassers liegend bezeichnen müssen, daß ein TV. die Verteilung des Nachlasses nicht selbst solle vornehmen dürfen, wenn er als Miterbe einen Bruchteil des Nachlasses anzusprechen hat, wegen der sonst eintretenden Interessenkollision. Immer aber muß derjenige, welcher sich auf die Beschränkung beruft, auch beweisen, daß sie im Willen des Erblassers liegt.

Die Beschränkungen können darin bestehen, daß dem TV. die einzelnen Verwaltungsbefugnisse, das Recht auf Besitz und Verfügung entzogen werden. Die Stellung des Dritten, welcher mit einem so in der Verwaltung beschränkten TV. in rechtsgeschäftliche Beziehung tritt, ist allerdings eine ungünstige; denn die Beschränkungen wirken ihm gegenüber selbst dann, wenn sie ihm weder bekannt waren, noch auch infolge von Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind. Verfügungen, die ein TV. ohne Befugnis getroffen hat, sind für den Nachlaß einfach ungültig. Die Meinung Cosacks (§ 395 Anm. 39), die Beschränkungen wirken Dritten gegenüber nur, wenn sie ihnen erkennbar waren, ist nicht zu begründen. Der einzige Schutz, den der Dritte hat, besteht darin, daß er von dem TV., bevor er sich mit ihm in Geschäfte einläßt, die Vorlegung eines gemäß § 2368 BGB ausgestellten Zeugnisses verlangt; denn in dieses müssen etwaige Beschränkungen der Befugnisse des TV. aufgenommen werden.

Die Beschränkung kann andererseits die gesetzlichen Befugnisse des TV. unberührt lassen, dieselben aber dem TV. nur mit Bezug auf einzelne Nachlaßgegenstände, nicht auf den ganzen Nachlaß einräumen. Für diesen Fall trifft § 2208 Satz 2 BGB die Auslegungsregel, daß die in § 2205 Satz 2 bestimmten Befugnisse dem TV. dann nur in Ansehung dieser Gegenstände zustehen, während der Erbe Besitz und Verfügungsrecht hinsichtlich des sonstigen Nachlasses behält.

III. Konsequenzen für die Stellung des Erben.

Der Erbe wird mit dem Erbfall Eigentümer des Nachlasses und Subjekt der zum Nachlaß gehörigen Rechte. Durch die dem TV. über den Nachlaß gegebene Machtstellung aber werden die

Befugnisse, welche aus dem Eigentum des Erben am Nachlaß an sich hervorgehen, auf das Äußerste zurückgedrängt. Das Verfügungsrecht über den Nachlaß mußte, wenn unlösbare Konflikte vermieden und die Durchführung der Aufgaben des TV. sichergestellt werden sollten, dem Erben entzogen werden. Das BGB hat deshalb in § 2211 ausdrücklich bestimmt: Über einen der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstand kann der Erbe nicht verfügen.

Die Verfügungsbeschränkung des Erben ist vollständiges Korrelat zu der dem TV. über den Nachlaß eingeräumten Macht. Steht dem TV. die Verwaltung des ganzen Nachlasses zu, wie dies in der Regel der Fall ist, so fehlt dem Erben jedes Verfügungsrecht. Sollen nach dem Willen des Erblassers nur einzelne Nachlaßgegenstände (z. B. ein Landgut) in der Verwaltung des TV. stehen, so hat der Erbe in Ansehung der übrigen freies Verfügungsrecht. Auch im Fall, daß der TV. zur Verwaltung des ganzen Nachlasses berufen ist, kann der Erbe auf Grund von § 2217 BGB das Verfügungsrecht über einzelne Gegenstände erhalten. Die Beschränkung des § 2211 wird übrigens nur auf Verfügungen über einzelne Nachlaßgegenstände zu beziehen sein; dem Erben steht also nichts im Weg, den Nachlaß als Ganzes, oder, wenn er nur zu einem Teil Erbe ist, seinen Anteil auf einen anderen durch Erbschaftsverkauf oder ähnliche Geschäfte zu übertragen.[1] Denn eine solche Verfügung berührt ja die Durchführung der Aufgaben des TV. nicht und gibt auch nicht zu der Befürchtung Anlaß, daß das Verwaltungsrecht des TV. durch den Erben illusorisch gemacht werden könnte; eben dies wollte man ja durch die Bestimmung des § 2211 verhüten; die ratio der Verfügungsbeschränkung und damit diese selbst fällt also bei Verfügungen über den Nachlaß als Ganzes weg. Der neue Erwerber tritt an die Stelle des Erben und ist den gleichen Verfügungsbeschränkungen unterworfen wie dieser.

Über die Frage der zeitlichen Ausdehnung der Verfügungsbeschränkung des Erben können sich Zweifel erheben, zwar nicht über ihr Ende, denn dieses ist naturgemäß mit dem Ende der Verwaltung des TV. gegeben, wohl aber über ihren Beginn. Ist für den Beginn der Zeitpunkt der Annahme des Amtes oder derjenige des Erbfalls für maßgebend zu erachten? Für das erstere spricht

[1] So auch Enneccerus-Lehmann, § 326 Ziff. 1.

der Wortlaut des § 2211. Die Konsequenz wäre aber die, daß die Erben in der Zwischenzeit zwischen Erbfall und Annahme des TV.-Amts über den Nachlaß freies Verfügungsrecht hätten. Dieses Resultat ist unannehmbar; denn die Erben könnten dann, namentlich wenn ein längerer Zeitraum zwischen den beiden Zeitpunkten liegt, die dem TV. zugewiesenen Aufgaben und damit den Willen des Erblassers selbst vereiteln, indem sie durch umfassende Verfügungen und Eingehung von Verpflichtungen in den Nachlaß eingreifen. Um dies zu verhüten, muß, wenn eine TV.-ung im Testament angeordnet ist, sofort die Verfügungsbeschränkung des Erben in Kraft treten, gleichwohl ob die Person des TV. als solchen schon vorhanden ist oder nicht (so auch Planck-Ritgen und Märcker). Für diese Auffassung sprechen auch die Bestimmungen des § 2364 BGB und § 53 GBO.: im Erbschein und im Grundbuch ist nur anzugeben, daß eine TV.-ung angeordnet ist, die Person tut nichts zur Sache.

Inhaltlich bezieht sich die Beschränkung des § 2211 nur auf die dingliche Verfügungsmacht. Dies ergibt schon der allgemeine Sprachgebrauch des BGB, und ferner auch speziell der Umstand, daß vom Verfügungsrecht des TV. und seiner Befugnis, den Nachlaß zu verpflichten, in zwei besonderen §§ gehandelt wird. Unrichtig ist also die bei Frommhold (Erl. zu § 2211) aufgestellte Behauptung, der § 2211 hindere auch die Übernahme persönlicher Verpflichtungen. Der Erbe kann sich vielmehr anstandslos zu Verfügungen über Nachlaßgegenstände verpflichten, aber nur mit der Folge, daß er persönlich für die Erfüllung haftbar wird. Nicht aber ist er in der Lage, in Ausführung der Verpflichtung die Verfügung selbst vorzunehmen, solange die TV.-ung besteht, und Zwangsvollstreckung ist nach § 883 CPO unzulässig. Daß der Erbe übrigens auch von Maßnahmen rein tatsächlicher Natur, z. B. Umbau eines Gebäudes, ausgeschlossen ist, ergibt sich von selbst.

Der § 2211 BGB entzieht dem Erben nur die Befugnis, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen, nicht aber die allgemeine Dispositionsfähigkeit. Es sind also wohl Fälle möglich, in denen der Erbe trotz des Verfügungsverbots über Gegenstände des Nachlasses dinglich disponiert. Dies ist dem Erben z. B. dann erleichtert, wenn der TV. ihm den unmittelbaren Besitz einzelner Sachen be-

lassen oder eingeräumt hat, ohne ihm zugleich das freie Verfügungsrecht über sie einzuräumen. Verfügungen des Erben sind dann grundsätzlich unwirksam (vorbehaltlich des Schutzes gutgläubiger Erwerber); der TV. kann von dem dritten Empfänger die Herausgabe, bezw. Aufhebung der Belastung verlangen. Hat der Erbe einem Nachlaßschuldner gegenüber auf die Forderung verzichtet, so braucht der TV. diesen Verzicht nicht anzuerkennen; einer Klage des TV. gegen den Schuldner kann aus dem Verzicht des Erben keine Einrede entgegengehalten werden.

Ist nun die Unwirksamkeit der von dem Erben verbotswidrig getroffenen Verfügungen eine absolute, gegen jedermann wirkende, oder nur eine relative zugunsten des TV.? In Abs. 2 des § 2211 ist ausdrücklich ausgesprochen, es sollen die Vorschriften zu gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, zur Anwendung kommen; es spricht deshalb schon der Vergleich mit Abs. 2 des § 135 BGB für die Annahme einer nur relativen Unwirksamkeit. Ferner rechtfertigt aber auch ein (schon in den Protokollen V, S. 286f. angeführter) sachlicher Grund diese Annahme: ein öffentliches Interesse daran, die Verfügungen des Erben für absolut nichtig zu erklären, ist nicht vorhanden, die Verfügungsbeschränkung bezweckt vielmehr nur den Schutz bestimmter Personen, in erster Linie des TV., der sonst seinen Aufgaben nicht gerecht werden könnte, in zweiter Linie der durch das Testament Bedachten, insbesondere der Vermächtnisnehmer, deren Forderungsrechte durch Verfügungen des Erben gefährdet werden könnten. Nur diese Personen also können die Verfügungen des Erben als unwirksam behandeln.[1]

Der TV. kann, wie eben gesagt, die Verfügungen des Erben als unwirksam behandeln, er muß es aber nicht. Die Vorschriften des § 185 BGB über Konvaleszenz finden auch hier Anwendung. Eine Verfügung des Erben ist selbstverständich von Anfang an wirksam, wenn der TV. vorher seine Einwilligung gegeben hatte; sie wird aber auch mit rückwirkender Kraft vollwirksam, wenn sie nachträglich vom TV. genehmigt wird.

Eine weitere Möglichkeit, unter welcher eine Verfügung des

[1] So Planck-Ritgen, Erl. 2, Frommhold, Erl. 3, Herzfelder, Anm. 1 zu § 2211.

Erben wirksam werden kann, ist das Erlöschen des Verwaltungsrechts des TV. Hienach ist der Erbe in der Lage, schon während der Dauer der TV.-ung unter aufschiebender Bedingung über einen Nachlaßgegenstand in der Weise zu verfügen, daß die Verfügung erst mit dem Zeitpunkt, in welchem er das Verfügungsrecht über den Gegenstand erlangt, in Wirksamkeit treten soll, und kann für diesen Fall auch Rückbeziehung gemäß § 159 BGB vereinbaren. Er unterliegt dann auch zutreffendenfalls der Schadensersatzpflicht gemäß § 160 Abs. 1 BGB, und eine weitere Verfügung über denselben Gegenstand ist im Umfang von § 161 BGB unwirksam. Allerdings muß er damit rechnen, daß der TV. anderweitige Verfügungen über den betreffenden Gegenstand trifft und dadurch die bedingten Verfügungen des Erben vereitelt. Die bedingte Übertragung von Nachlaßgrundstücken ist wegen § 925 Abs. 2 BGB dem Erben überhaupt nicht möglich.

Durch die Bestimmung des § 2211 Abs. 2 BGB, es sollen die Vorschriften zu gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, ist ferner eine Reihe von weiteren Fällen eröffnet worden, in denen Verfügungen des Erben wirksam sein und bleiben können, sogar gegen den Willen des TV. Veräußert z. B. der Erbe eine bewegliche Nachlaßsache, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn der TV. nicht beweist, daß der Dritte zur Zeit des Erwerbs die Verfügungsbeschränkung des Erben bezw. das Vorhandensein eines TV. kannte oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 932 BGB). Ähnlich der Bestimmung des § 366 HGB bewirkt also die entsprechende Anwendung des § 932 BGB hier, daß es zum Erwerbe des Eigentums genügt, wenn sich der gute Glaube nur auf die Berechtigung zur Veräußerung bezieht, während im Falle des § 932 Eigentum nicht erworben wird, wenn der Erwerber nur bezüglich der Vollmacht des Veräußerers zur Eigentumsübertragung im guten Glauben war. Ob der Erwerber grobfahrlässig handelte, ist nach den Verhältnissen des Einzelfalles zu entscheiden. Doch wird man den von Planck-Ritgen und Wilke-Reatz (zu § 2211) aufgestellten Satz anerkennen dürfen, daß grobe Fahrlässigkeit vorliegt, wenn der Erwerber weiß, daß die Sache zu einem Nachlaß gehört, und es unterläßt, sich zu erkundigen, ob ein TV. bestellt ist.

IV. Das Verpflichtungsverhältnis gegenüber dem Erben und gegenüber anderen Personen.

Das Interesse des Erben als Subjekt des Nachlasses gebietet es, die Gefahren, welche durch die freie Stellung des TV. für den ersteren entstehen können, nach Möglichkeit abzuwenden. Deshalb sind dem TV. im internen Verhältnis zum Erben mannigfache Pflichten und eine Verantwortlichkeit auferlegt, womit bezweckt werden soll, daß der TV. seine Selbständigkeit nicht zum Nachteil der Erben mißbrauche.

Als erste Verpflichtung, welche der TV. unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, nach Annahme des Amtes zu erfüllen hat, hebt § 2215 BGB die Aufgabe hervor, dem Erben auf Kosten des Nachlasses ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände und der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten mitzuteilen. Dieses Verzeichnis bildet im wesentlichen die Grundlage für die später dem Erben zu legende Rechnung. Von dem Inventar im Sinne von § 1993 BGB unterscheidet es sich wesentlich nach seinem Inhalt; das erstere soll die sämtlichen bei Eintritt des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände und die Nachlaßverbindlichkeiten vollständig angeben, außerdem eine Beschreibung derselben und Angabe des Werts enthalten (§ 2001), von dem Verzeichnis wird diese Vollständigkeit nicht verlangt. Daß dieses Verzeichnis nicht die Bedeutung des Inventars hat, in dem Sinn, daß die Unterlassung seiner Aufnahme die unbeschränkte Haftung bewirken könnte, ist selbstverständlich. Die Verpflichtung des TV. zur Mitteilung des Verzeichnisses ist insofern zwingenden Rechts, als sie durch Anordnung des Erblassers nicht beseitigt werden kann (§ 2220). Dagegen wird ein Verzicht des Erben für zulässig zu erachten sein, da die Verpflichtung ja einzig und allein das Interesse des Erben verfolgt.

Die zweite, ungleich wichtigere Pflicht des TV. ist die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses (§ 2216). Auch hievon kann der Erblasser den TV. nicht befreien (§ 2220). Was zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, hat der TV. nach pflichtmäßigem Ermessen zu prüfen. Anhaltspunkte über die zu ergreifenden Maßregeln gibt vielleicht das Testament; die hier getroffenen Anordnungen geben vor allem die Ordnung an (vgl. § 2216

Abs. 2). Erst wenn ein erkennbarer Wille des Erblassers fehlt, entscheidet das Ermessen des TV.

In § 2216 Abs. 2 BGB ist Vorsorge für den Fall getroffen, daß die Befolgung der Anordnungen des Erblassers über die Verwaltung den Nachlaß erheblich gefährden würde. Eine Gefährdung kann insbesondere bei länger dauernden Verwaltungen eintreten, denn der Ablauf eines längeren Zeitraums bringt meistens eine Änderung der Verhältnisse mit sich; die Handelskonjunkturen namentlich sind einem beständigen Wechsel unterworfen. Übrigens sind es nicht allein veränderte Verhältnisse, welche die Anordnungen des Erblassers unpraktisch machen, sondern es ist leicht denkbar, daß schon die Anordnungen an sich eine erhebliche Gefährdung des Nachlasses enthalten, wenn nämlich der Erblasser aus Mangel an Einsicht und aus Unerfahrenheit gefährdende Maßregeln angeordnet hat. Dem Nachlaßgericht ist nun die Befugnis erteilt, solche gefährdende Anordnungen außer Kraft zu setzen. Das Einschreiten des Nachlaßgerichts ist durch den Antrag des TV. oder eines anderen Beteiligten (Erben, Vermächtnisnehmers, Auflageberechtigten, nicht aber Nachlaßgläubigers oder Nachlaßschuldners) bedingt.

Eine weitere, im Interesse des Erben getroffene Vorschrift (§ 2217 BGB) verpflichtet den TV., Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. Mit der Überlassung erlischt sein Recht zur Verwaltung der Gegenstände. Der Erbe soll in seinem Recht als Eigentümer des Nachlasses nicht stärker beschränkt werden, als der Zweck der TV.-ung es erfordert. „Offenbar" ist die Entbehrlichkeit zweifellos dann, wenn sie vom TV. zugegeben wird oder wenn sie gerichtskundig ist. Wenn dies aber die einzigen Fälle wären, so würde die Bedeutung des § 2217 stark zusammenschrumpfen. Es ist deshalb die Behauptung Endemanns (III § 55 Z. 4a), der TV. brauche sich auf einen Rechtsstreit und Beweiserörterungen überhaupt nicht einzulassen, unhaltbar.[1] Dem Erben darf man das Recht, den ihm durch § 2217 gewährten Anspruch auch im Prozesse zu verfolgen, nicht nehmen, sonst wäre er einem eigensinnigen TV. gegenüber völlig machtlos; denn gerichtskundig wird die Entbehrlichkeit äußerst selten sein.

[1] Vgl. Planck-Ritgen zu § 2217.

Man wird vielmehr die Entbehrlichkeit auch dann als offenbar ansehen dürfen, wenn nach dem Beweisergebnisse das Nichtvorhandensein von Obliegenheiten, zu deren Erfüllung der TV. Gegenstände zurückbehalten will, dargetan wird.[1]

Wenn sich nun nach Überlassung der Gegenstände zeigt, daß sie doch noch vom TV. zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt werden, ist dann der Erbe zur Rückgabe verpflichtet? Wilke-Reatz (Erl. zu § 2217) ist der Ansicht, daß in diesem Fall das Recht des TV. wiederauflebe; der Erbe habe nur solange freie Verfügung, bis sich ergebe, daß der TV. der Gegenstände noch bedürfe. Im Gegensatz hiezu nehmen Planck-Ritgen (a. a. O.) und Herzfelder (Erl. 1 zu § 2217) ein unbedingtes Erlöschen des Verwaltungsrechts an, gestützt auf die Fassung von § 2217 Abs. 1 Satz 2 BGB und auf die abstrakte Wirkung dinglicher Rechtsgeschäfte. Es stehe dies auch im Einklang mit der „offenbaren Entbehrlichkeit" und schaffe klare Rechtsverhältnisse. Ein Irrtum über die Überlassungspflicht könne die dingliche Wirkung der Überlassung nicht beeinträchtigen. Es bestehe auch kein persönlicher Anspruch des TV. auf Rückgewähr, denn eine condictio sei nicht gegeben. Die Nachlaßbeteiligten müssen sich also an den Erben halten, unbeschadet ihres etwaigen Regreßanspruchs gegen den TV. (§ 2219). Die Plancksche Auffassung wird die richtige sein; sie findet Unterstützung in der Geschichte des Gesetzes, denn bei den Beratungen der II. Kommission wurde ein Antrag auf Änderung der Fassung des § 1907 (jetzt 2217), welcher eine Auslegung des § 1907 im Sinne der Wilkeschen Ansicht bezweckte, gestellt, aber wieder zurückgenommen (Prot. V, S. 543).

Der TV. wird hauptsächlich dann die Überlassung von Nachlaßgegenständen an den Erben verweigern, wenn noch Nachlaßverbindlichkeiten vorhanden sind, zu deren Erfüllung er die Gegenstände benötigt. Im Interesse des Erben trifft nun § 2217 Abs. 2 die Bestimmung, daß der TV. die Überlassung wegen Nachlaßverbindlichkeiten, die auf einem Vermächtnis oder einer Auflage beruhen, sowie wegen bedingter und betagter Vermächtnisse oder Auflagen nicht verweigern darf, wenn der Erbe für deren Erfüllung bezw. Vollziehung Sicherheit leistet.

An die speziellen Vorschriften der §§ 2215/17 schließt sich

[1] So Wilke-Reatz, Erl. zu § 2217.

nun noch in § 2218 die allgemeine Bestimmung an, daß für das Rechtsverhältnis zwischen dem TV. und dem Erben die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 ff. BGB entsprechende Anwendung finden sollen. Daß die Beiziehung dieser Vorschriften weder eine logische Verkehrtheit noch ein Beweis dafür ist, daß das BGB die Mandatstheorie zugrunde lege, wurde schon oben hervorgehoben.

Von größter Bedeutung endlich für das Rechtsverhältnis zwischen TV. und Erben ist § 2219 BGB: der TV. ist für Erfüllung aller ihm obliegenden Verpflichtungen dem Erben verantwortlich; verletzt er eine Pflicht aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit, so hat er dem Erben den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. So macht er sich z. B. auch dann haftbar, wenn er schuldhafter Weise ohne genügende Prüfung ein vom Erblasser ungültig angeordnetes Vermächtnis leistet.[1] Der Erblasser kann die Haftung des TV. weder ausschließen noch beschränken (§ 2220); dagegen wird der Erbe hiezu berechtigt sein.

Alle seither erwähnten Bestimmungen handelten nur von dem Verpflichtungsverhältnis zwischen TV. und Erben; von Verpflichtungen des TV. anderen Nachlaßinteressenten gegenüber war nirgends die Rede. In § 2219 BGB wird nun der Vermächtnisnehmer hereingezogen: der TV. soll nämlich, soweit ein Vermächtnis zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnisnehmer in gleicher Weise, wie dem Erben, für ein Verschulden haftbar sein. Nach der Natur des Vermächtnisses im BGB als einer bloßen Forderung gegen den Erben entsteht ein Schuldverhältnis nur zwischen diesem und dem Vermächtnisnehmer; es ist also, wie Planck-Ritgen zu § 2219 bemerkt, eine positive Erweiterung des Gesetzes, wenn die Verantwortlichkeit des TV. über das Verhältnis zwischen ihm und dem Erben hinaus ausgedehnt wurde. Der Vermächtnisnehmer ist hienach in der Lage, direkt den TV. auf Schadensersatz in Anspruch nehmen zu können. Ein Verlust der Ansprüche, welche dem Vermächtnisnehmer gegenüber dem Erben oder den sonstigen Beschwerten zustehen, tritt trotz der unmittelbaren Haftung des TV. nicht ein; natürlich aber kann der Berechtigte nur einmalige Befriedigung bezw. Ersatzleistung verlangen.

Wie steht es nun, abgesehen vom Vermächtnisnehmer und

[1] Entsch. des R.G. 42 S. 227.

Erben, mit der Haftung des TV. den übrigen Nachlaßbeteiligten (Nachlaßgläubigern, Auflageberechtigten) gegenüber. Weißler (S. 203) behauptet, eine solche sei zwar im BGB nicht anerkannt, verstehe sich aber von selbst, insoweit die TV.-ung ein Amt sei. Die Auffassung der TV.-ung als Amt verlangt aber keineswegs diese erweiterte Haftung. Außerdem steht die Ansicht Weißlers mit dem Gesetze in Widerspruch. Die Konsequenz, welche man aus der Fassung des § 2219 und der besonderen Erwähnung des Vermächtnisnehmers in dieser Vorschrift unbedingt ziehen muß, ist die, daß den anderen Nachlaßbeteiligten gegenüber, also den Nachlaßgläubigern und denjenigen, zu deren Gunsten eine Auflage angeordnet ist, eine Verantwortlichkeit des TV. nur gemäß § 823 ff. BGB begründet ist.[1] Haftet der Erbe unbeschränkt, so können die Nachlaßgläubiger Befriedigung bei diesem suchen; andernfalls haben sie nur die Möglichkeit, sich die Ersatzansprüche des Erben, welche dieser nach § 2219 wegen schuldhafter Verringerung des Nachlasses gegen den TV. geltend machen kann, überweisen zu lassen. Dies ist auch die Antwort auf die von Weißler (S. 203) gestellte Frage: Wer trägt die Gefahr von Unterschlagungen des TV., die Gläubiger oder die Erben? Die Antwort Weißlers lautet: Die Erben, weil der TV., soweit er Vermögen verwalte, Vertreter des Erben sei. Weißler kann damit unmöglich behaupten wollen, die Erben haften mit ihrem Privatvermögen für Unterschlagungen des TV.! Der Erbe haftet nicht einmal für den Schaden, den der TV. in Ausübung seines Amtes den Beteiligten oder Dritten zufügt, viel weniger für Unterschlagungen des TV., bei denen ja er selbst als Eigentümer des Nachlasses der Verletzte und Geschädigte ist.

V. Verhältnis zu Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs.

Von Brettner („Das Recht" 1900 S. 320 f.) wurde die Behauptung aufgestellt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung sei ausgeschlossen, wenn eine TV.-ung bestehe. Diese Ansicht ist zweifellos unhaltbar. Nach § 1981 BGB ist das Nachlaßgericht verpflichtet, die Nachlaßverwaltung anzuordnen, wenn der Erbe dies beantragt, denn die Nachlaßverwaltung ist das einzige Mittel für den Erben, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, wenn nicht die

[1] So auch Meischeider S. 515 f., Planck-Ritgen und Frommhold zu § 2219.

Voraussetzungen für Eröffnung des Nachlaßkonkurses gegeben sind oder die §§ 1990, 1992 BGB zutreffen. Es kann nun unmöglich in der Macht des Erblassers liegen, dem Erben durch Anordnung einer TV.-ung den regelmäßigen und oft einzigen Weg, auf dem er die Beschränkung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten herbeiführen kann, zu verschließen.[1] Schon diese Erwägung allein ist ein Beweis für die Unrichtigkeit der von Brettner vertretenen Ansicht, soweit von ihm die Möglichkeit, daß trotz des Bestehens einer TV.-ung eine Nachlaßverwaltung angeordnet werden könne, überhaupt in Abrede gezogen wird.

Zur Erklärung der Stellungnahme Brettners in dieser Frage ist übrigens darauf hinzuweisen, daß er davon ausgeht, der Erbe hafte nach BGB grundsätzlich beschränkt, nur mit dem Nachlaß, während die herrschende Meinung auf dem umgekehrten Standpunkt steht. Brettner bemerkt selbst am Schluß seiner Abhandlung: Wenn die Ansicht Plancks (Bd. V, S. 83) richtig wäre, wonach der Erbe grundsätzlich unbeschränkt hafte und diese Haftung regelmäßig nur durch Antrag auf Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs abwenden könne, dann müsse dem Erben notwendigerweise trotz des bestehenden TV. das Recht, die Nachlaßverwaltung zu beantragen, gegeben werden; jene Ansicht aber sei unhaltbar. Von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller und auch von der Praxis wird nun aber der Standpunkt Plancks als der richtige angesehen und zwar mit Recht. Die Gründe hiefür im einzelnen aufzuführen ist hier nicht der Ort. Da nun Brettner selbst zugibt, daß mit der Richtigkeit der Planckschen Ansicht seiner Auffassung das Todesurteil gesprochen ist, so hat es keinen Wert, weiter auf die zu ihrer Begründung angeführten Deduktionen einzugehen. Denn auch die Erwägung, daß es der Erbe in der leichtesten Weise in der Hand hätte, den TV. zu beseitigen und den Willen des Erblassers zu vereiteln, fällt gegenüber dem oben erwähnten Grunde nicht mehr in die Wagschale. Übrigens kann ja das Nachlaßgericht den TV. zum Nachlaßverwalter ernennen.

Nicht einwandfrei ist ferner auch die Stellung, welche Wilke (Erl. 1 zu § 1981) zu der Frage nimmt. Er bemerkt, der Erbe sei in der Regel nicht berechtigt, die Anordnung der Nachlaß-

[1] So Strohal S. 480, Planck-Ritgen, Vorb. S. 383 f., Weißler S. 191, Böhm, „Das Recht“ S. 272 f., Endemann § 54 Anm. 33/34 u. A.).

verwaltung zu verlangen, wenn ein zur Verwaltung des Nachlasses befugter TV. vorhanden sei; denn der Erbe sei an die in dieser Beziehung vom Erblasser getroffenen Anordnungen, welche das Gesetz zulasse, solange gebunden, bis der TV. sein Amt niedergelegt habe oder es ihm genommen sei. Diese Regel müsse jedoch eine Ausnahme erleiden, wenn ein Nachlaßgläubiger den Erben selbst in Anspruch genommen habe, und dieser, um die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß zu erreichen, nach § 1975 BGB gezwungen sei, die Anordnung der Nachlaßverwaltung herbeizuführen. Hiegegen ist einmal einzuwenden, daß niemand den Erben hindern kann, die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu verlangen (§ 1981 Abs. 1 BGB, § 76 Abs. 1 GFG.). Außerdem ist nicht einzusehen, warum der Erbe warten soll, bis ein Nachlaßgläubiger ihn verklagt oder sonst in Anspruch zu nehmen versucht. Befürchtet er, daß der Nachlaß zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten nicht ausreicht, so kann er sofort nach Erlangung dieser Kenntnis Nachlaßverwaltung beantragen.

Soviel steht also jedenfalls fest, daß der Erbe, auch wenn ein TV. vorhanden ist, den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung zu stellen berechtigt ist, und daß diesem Antrag stattgegeben werden muß, sofern eine den Kosten entsprechende Masse vorhanden ist.

Allerdings fragt es sich nun, ob auch die Nachlaßgläubiger den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung stellen können, bezw. ob diesem vom Nachlaßgericht stattgegeben werden darf. Der von Brettner (a. a. O.) hiegegen in erster Linie ins Feld geführte Grund, (den er in gleicher Weise auch im Falle des vom Erben gestellten Antrages verwertet), ist nicht ausschlaggebend. Brettner zieht nämlich folgenden Schluß: die angeordnete Nachlaßverwaltung bewirkt nach § 1984 BGB, daß der Erbe die Befugnis zur Verwaltung verliert; bei Vorhandensein eines TV. hat der Erbe die Befugnis nicht, er kann sie also auch nicht verlieren, und mit der Unmöglichkeit der Wirkung entfällt auch die Möglichkeit der Anordnung. Die schwache Seite dieser Deduktion liegt darin, daß Brettner den Verlust der Verwaltungsbefugnis des Erben als einzige Folge der Anordnung der Nachlaßverwaltung und als deren einzig wesentliches Moment bezeichnet. Dies ist aber unrichtig; nicht minder wesentlich ist, daß der gerichtlich bestellte

Verwalter den Nachlaß in die Hand bekommt, daß er die Verwaltung erhält, und nicht zum letzten, daß der Erbe beschränkt haftet. Diese Wirkungen sollten nun allein aus dem Grunde nicht mehr möglich sein, weil der Erbe das Verwaltungsrecht schon vorher zugunsten des TV. verloren hatte? Dies kann unmöglich angenommen werden. Hat der Erbe das Verwaltungsrecht schon verloren, dann braucht es ihm nicht mehr genommen werden! Auf die Möglichkeit der Anordnung einer Nachlaßverwaltung ist dies ohne Einfluß.

Aus einem anderen Grunde aber kann die Nachlaßverwaltung bei bestehender TV.-ung auf Antrag eines Nachlaßgläubigers in der Tat nicht angeordnet werden. Gemäß § 1981 Abs. 2 BGB darf das Nachlaßgericht die Nachlaßverwaltung auf einen Antrag des Gläubigers hin nur dann anordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird. Wenn der Nachlaß aber unter der Verwaltung eines TV. steht, so ist eine solche Gefahr regelmäßig ganz ausgeschlossen, somit auch wegen fehlender Voraussetzung der Antrag des Gläubigers abzulehnen. Allerdings hat Wilke (Erl. 3 zu § 1981) recht, wenn er bemerkt, die Nachlaßgläubiger seien an das Testament nicht gebunden; der hier vertretene Standpunkt wird aber auch nicht mit der gegenteiligen Behauptung begründet, sondern mit dem Fehlen der Voraussetzungen von Abs. 2 des § 1981 BGB. Sind die Nachlaßgläubiger imstande, trotz des bestehenden TV. eine Gefährdung des Nachlasses durch den Erben nachzuweisen, dann steht auch der Anordnung der Nachlaßverwaltung nichts im Weg.

Bei Planck (Vorb. zu § 2197 Ziff. 5c) ist die Ansicht ausgesprochen, die Nachlaßgläubiger seien auch dann zur Stellung des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung berechtigt, wenn ihre Befriedigung aus dem Nachlaß durch das Verhalten des TV. gefährdet werde. Daß die Fassung des § 1981 Abs. 2 BGB den besonderen Fall der TV.-ung nicht berücksichtige, stehe der sinngemäßen Übertragung jener Vorschrift nicht entgegen. Mit dem Rechte, die Entlassung des TV. zu beantragen, sei den Gläubigern nicht immer geholfen, da die Entlassung doch nur aus besonders schwerwiegenden Gründen und auf Grund erwiesener Tatsachen erfolgen könne. Diesen Ausführungen Plancks kann man nur zustimmen; die Stellung der Nachlaßgläubiger einem leichtsinnigen

TV. gegenüber ist ohnehin eine schlechte, weil er ihnen nicht verantwortlich ist und von ihnen nur indirekt in Anspruch genommen werden kann.

Daß der TV. zur Stellung des Antrags auf Nachlaßverwaltung nicht berechtigt ist, wurde schon oben ausgeführt.

Die Wirkung, welche die Anordnung der Nachlaßverwaltung auf die TV.-ung ausübt, ist naturgemäß eine sehr umfassende, weil beide Institute die Verwaltung des Nachlasses für sich in Anspruch nehmen. Die TV.-ung muß bei diesem Konflikt weichen; sie wird zwar nicht aufgehoben, aber bis zur Beendigung der Nachlaßverwaltung suspendiert, wenn auch nur insoweit, als die Zwecke der Nachlaßverwaltung durch ihr ungehindertes Fortbestehen beeinträchtigt werden könnten. Aufgaben, welche der TV. zur Ausführung bringen kann, ohne in die Rechte des Nachlaßverwalters eingreifen zu müssen, dürfen ungehindert erledigt werden. Allerdings werden solche Aufgaben selten sein. Das Recht aber, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, ferner die Aktiv- und Passivlegitimation in Prozessen, welche den Nachlaß betreffen, ist auf den Nachlaßverwalter übergegangen. Den Verwicklungen, welche sich aus dem Vorhandensein eines TV. und eines Nachlaßverwalters ergeben können, wird das Nachlaßgericht, wie Weißler (S. 191) mit Recht bemerkt, am besten dadurch vorbeugen, daß es den TV. selbst zum Nachlaßverwalter macht.

Ebensowenig, wie die Anordnung einer Nachlaßverwaltung, ist die Eröffnung des Nachlaßkonkurses durch das Bestehen einer TV.-ung gehindert. Der TV. selbst ist zum Antrag auf Konkurseröffnung berechtigt.

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses bewirkt nicht das Erlöschen der TV.-ung; sie wird aber in manchen Fällen den TV. zur Kündigung des Amtes oder das Nachlaßgericht zur Entlassung des TV. bewegen. Geschieht dies nicht, so wird die Tätigkeit des TV. suspendiert; die Verwaltung des Nachlasses geht auf den Konkursverwalter über. Nach Beendigung des Konkurses aber tritt der TV. wieder in den Vordergrund; wenn allerdings die Masse durch den Konkurs vollständig aufgezehrt ist, bleibt ihm ein sehr geringer Wirkungskreis, während bei einem Gantverzicht oder Zwangsvergleich eventuell noch eine vollständige Durchführung seiner Aufgaben möglich werden kann.

VI. Die Konstruktionsfrage.

Schon oben (1. Kap. A. III) wurde hervorgehoben, daß die Bedeutung der Konstruktion in der Zusammenfassung der Bestimmungen des geltenden Rechts liegt. Das vielfach angewandte Verfahren, die Konstruktionsfrage durch Schlüsse aus dem Entstehungsgrund und dem Zweck des Instituts zu lösen, muß verworfen werden. Grund und Zweck des Instituts waren zweifellos die wichtigsten Gesichtspunkte bei der Ausgestaltung des positiven Rechts, und sie bilden auch jetzt noch die bedeutendsten Quellen zur Schöpfung des Detailrechts. Aber bei der Frage nach der Konstruktion müssen diese beiden Gesichtspunkte außer Betracht bleiben. Lediglich die positiven Rechtssätze haben die Grundlage für die Lösung der Konstruktionsfrage zu bilden.

Wendet man sich zur Würdigung der einzelnen Konstruktionen (außer Betracht sollen hier bleiben die heute als aufgegeben zu erachtenden Theorien des gemeinen bezw. preußischen Rechts, s. o.), so sind es vor allem die sog. Vertretertheorien, deren Richtigkeit man zu prüfen hat.

Da ist nun zweifellos nicht zu rechtfertigen die Konstruktion, welche in dem TV. den Vertreter des Erblassers sieht; denn der Erblasser ist tot und ein Toter kann im Rechtssinne nicht mehr vertreten werden.

Ist der TV. aber vielleicht Vertreter des Erben? Daß der TV. nicht gewillkürter Vertreter, d. h. Bevollmächtigter des Erben ist, darüber kann kein Zweifel sein, es kann sich nur fragen, ob er sein gesetzlicher Vertreter ist, und auch dies nicht allgemein, sondern mit Beschränkung auf den Nachlaß. Der I. Entwurf zum BGB bezeichnete den TV. in § 1903 geradezu als „gesetzlichen Vertreter des Erben". Auf dem 21. deutschen Juristentag wurde gegen diese Auffassung nachdrücklichst Stellung genommen, und insbesondere Hartmann suchte in einem ausführlichen Gutachten[1] nachzuweisen, daß von den drei Merkmalen (gesetzlicher — Vertreter — des Erben) kein einziges zutreffe. Trotzdem hat diese Konstruktion wieder namhafte Anhänger (s. oben). Die Hartmannschen Ausführungen wurden insbesondere von Goldfeld (S. 82 ff.) bekämpft, und zwar m. E. teilweise nicht mit Unrecht.

[1] Vhdlgen Bd. I S. 1 ff.

Wenn Hartmann ausführt, der TV. sei kein „gesetzlicher“ Vertreter, weil seine Stellung wesentlich auf dem Willen des Erblassers und nicht auf dem Gesetz beruhe, so erklärt Goldfeld dies mit Recht für einen Streit um Worte; mit dem Begriff des „gesetzlichen Vertreters“ soll eben hauptsächlich der Gegensatz zum gewillkürten Vertreter, dessen Vertretungsmacht von dem Willen des Vertretenen abhängig ist, zum Ausdruck gebracht werden. Wenn Hartmann dem TV. weiter die „Vertreter“-Eigenschaft mit der Begründung abspricht, als Vertreter einer bestimmten individuellen Person könne nur der bezeichnet werden, der gerade die Interessen dieser Person als solche im Rechtsverkehr wahrzunehmen berufen sei, während der TV. oft gerade zur Niederhaltung der mit den Interessen des Erblassers kollidierenden Interessen der Erben berufen werde, so erklärt Goldfeld (S. 73) mit Recht die von Hartmann aufgestellte Definition des Vertreters für nicht haltbar. In § 164 BGB wird vom Vertreter nur verlangt ein Handeln im Namen des Vertretenen innerhalb der Vertretungsmacht; unter dieser Voraussetzung allein tritt unmittelbare Wirkung für und gegen den Vertretenen ein. Das Handeln im Interesse des Vertretenen wird allerdings regelmäßig Pflicht des gewillkürten Vertreters auf Grund des der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses (Auftrags, Dienstvertrags) sein, aber zum Begriff des Vertreters gehört es nicht.

Einen dritten Einwand Hartmanns hat Goldfeld jedoch m. E. nicht widerlegt. Der Einwand geht dahin, der TV. könne in die Lage kommen, gegen den Erben selbst zu klagen; wenn der TV. Vertreter des Erben wäre, dann stünde ja auf beiden Seiten dieselbe Partei. Goldfeld (S. 84) meint nun, es könne überall, wo der Vertretene eine physische Person sei, vorkommen, daß der gesetzliche Vertreter die Hilfe der Obrigkeit gegen den Vertretenen nachsuchen müsse, und umgekehrt; daß im vorliegenden Fall die Anrufung der Obrigkeit in Form einer Klage geschehen könne, erkläre sich daraus, daß hier der Vertretene handlungs- und prozeßfähig sei. Diese Erklärung Goldfelds genügt aber keineswegs, um die Möglichkeit von Prozessen zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter zu rechtfertigen. Noch unbefriedigender ist die Erklärung Brettners (S. 229), der hierin einfach eine „Eigentümlichkeit“ dieser gesetzlichen Vertretung erblickt! Gar keine Begründung geben Cosack, Enneccerus-Lehmann und Jäger. Herz-

felder (S. 442), welcher den TV. als Inhaber eines Amtes und, insoweit er den Nachlaß verwalte, als den gesetzlichen Vertreter des Erben ansieht, macht geltend, die Vertretung des Erben durch den TV. schließe nicht aus, daß der Erbe gegen den TV. und dieser gegen jenen Rechte und Pflichten haben oder doch geltend machen könne; hier komme eben, sofern nicht überhaupt die Verwaltung des TV. vorher schon ihr Ende erreicht habe, die Persönlichkeit des Erben nicht als Erben, sondern in seiner Eigenschaft als Rechtssubjekt seines übrigen Vermögens, abgesehen vom Nachlaß, in Betracht. Dies ist aber eben gerade nicht immer der Fall, wenn der TV. gegen den Erben und dieser gegen den TV. klagt: wenn der TV. gegen den Erben den Anspruch auf Einwilligung gemäß § 2206 Abs. 2 erhebt, so klagt er gegen ihn als Erben und nicht als Rechtssubjekt seines Privatvermögens; verlangt der Erbe gemäß § 2217 die Herausgabe von Nachlaßgegenständen, so tut er dies (und kann es nur tun) ebenfalls gerade in seiner Eigenschaft als Erbe, als Subjekt des Nachlasses, nicht als Subjekt seines Vermögens, abgesehen vom Nachlaß. Dieser Tatsache begegnet Herzfelder (S. 442) mit der Bemerkung, als Vertreter des Erben könne der TV. überhaupt nur Dritten gegenüber in Betracht kommen; es sei auch durchaus nicht notwendig, anzunehmen, daß er immer nur als Vertreter des Erben und nie in anderer Eigenschaft solle tätig werden können. Es ist freilich sehr bequem, den TV. in Fällen, wo es nicht in die Konstruktion paßt, nicht als Vertreter, sondern in einer anderen Eigenschaft auftreten zu lassen; wenn man aber den Satz aufstellt, der TV. sei, insoweit er den Nachlaß verwalte, gesetzlicher Vertreter des Erben, und dann in Fällen, wo der TV. gerade als Verwalter des Nachlasses auftritt und handelt (wie in den Fällen der §§ 2206 Abs. 2, 2217 BGB und im Falle der Klage gegen den Erben als Nachlaßschuldner), sagt, hier sei er nicht Vertreter des Erben, so ist dies ebenso inkonsequent als geeignet, sehr erhebliche Zweifel über die Richtigkeit der Konstruktion hervorzurufen. Es ist eben eine nicht aus der Welt zu schaffende Konsequenz der Erbenvertretungstheorie, daß in Prozessen, die der TV. als solcher gegen den Erben führt, auf beiden Seiten dasselbe Rechtssubjekt stehen würde, und die Unhaltbarkeit dieser Konsequenz muß zur Verwerfung der ganzen Konstruktion führen.

Wenn also der TV. ein Vertreter sein soll, so bleibt nur noch

übrig, ihn als den Vertreter des Nachlasses anzusehen. Daß der Nachlaß keine juristische Person ist, steht fest, denn das BGB erkennt als juristische Personen nur Vereine, Stiftungen und juristische Personen des öffentlichen Rechts an, und dieser Kreis ist ein geschlossener. Hieraus ergibt sich die Unhaltbarkeit der von Eccius aufgestellten Konstruktion, die Verwaltung des Nachlasses durch den TV. sei eine eigentümliche juristische Persönlichkeit. Es kann sich nur fragen, ob der TV. Vertreter des Nachlasses als eines Sondervermögens ohne juristische Persönlichkeit ist. Hellwig (§ 44 Lehrb.) bejaht dies: der Nachlaß in der Hand des verwaltenden TV. sei ein selbständiges Sondervermögen, das zwar keine juristische Person sei, aber solange gleich einer solchen behandelt werden müsse, als die Trennung des Sondervermögens von dem freien Vermögen dauere; der TV. sei der Vertreter dieses Sondervermögens (vgl. oben 1. Kap. A. I).

Dieser Konstruktion ist zwar zuzugeben, daß eine Sonderbehandlung des Nachlasses gegenüber dem freien Vermögen des Erben stattfindet. Aber gegen die Hellwigsche Konstruktion spricht die nicht von der Hand zu weisende Erwägung, daß es systematisch zu keiner klaren Vorstellung führt, wenn man auf der einen Seite die Eigenschaft des Nachlasses als eines Rechtssubjekts leugnet, auf der anderen Seite doch eine Vertretung desselben annehmen will.

Wir kommen hienach zu dem Resultat: der TV. ist kein Vertreter. Wie aber läßt sich seine rechtliche Stellung anders konstruieren? Seckt (S. 20, 28) sucht die Lösung der Frage im Organbegriff: der TV. sei das Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers. Aber der Begriff des „Organs“ wird (nach Gierke) sonst nur bei Rechtssubjekten, insbesondere bei den juristischen Personen gebraucht, und die Behauptung Seckts, die Rechtssubjektivität sei für die Stellung des Organs nicht wesentlich, sondern eine Frage der Zweckmäßigkeit, bedürfte jedenfalls noch eines Beweises. — Schultze (a. a. O. § 9) konstruiert die Stellung des TV. als Treuhänderschaft und gibt dem TV. ein „begrenztes dingliches Recht am Nachlaß“. Auch diese Konstruktion ist nicht zu billigen. Die Behauptung Schultzes (S. 25), das BGB gebe einer Treuhänderberechtigung die Möglichkeit, ein eigenartiges, nicht unter die Kategorien des dritten Buchs des BGB fallendes begrenztes

dingliches Recht an fremder Sache zu sein, ist stark zu bezweifeln. Schultze führt als solche begrenzte dingliche Rechte im BGB an: das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemanns am eingebrachten Gut, des Vaters am Vermögen des Kindes, das Recht des Nacherben vor Eintritt der Nacherbfolge. Diese Rechte sind aber eben keine Sachenrechte, die als außerhalb des dritten Buches stehend „ein inoffizielles Dasein führen", sondern sie sind familienrechtlicher bezw. erbrechtlicher Natur. Schultze wird deshalb mit seiner Konstruktion wohl allein bleiben. — Die Annahme einer Doppelstellung endlich (der TV. sei teils Beamter teils gesetzlicher Vertreter des Erben) ist ebenfalls zu verwerfen, einmal aus dem gegen die Erbenvertretungstheorie sprechenden Grunde, dann aber auch deshalb, weil eine solche Spaltung sich nicht scharf durchführen läßt und nur Unsicherheit hervorruft.

Faßt man die geltenden Rechtssätze zusammen, so ergibt sich m. E. folgendes:

Die TV.-ung ist, wie das BGB sich ausdrückt, ein Amt. Der vom Erblasser letztwillig ernannte TV. übernimmt mit Annahme dieses Amtes drei Aufgaben: Ausführung der letztwilligen Anordnungen, Auseinandersetzung des Nachlasses bei Vorhandensein mehrerer Erben, Verwaltung des Nachlasses zur Erfüllung der vorgenannten Aufgaben und zur Zahlung der Nachlaßschulden. Die Ausführung dieser Aufgaben ist ein Recht des TV. und zwar ein dem TV. eigenes; er übt es nicht in Vertretung als das Recht eines Anderen, sondern als TV. in eigenem Namen aus. Er verwaltet wohl ein fremdes Vermögen und verfügt über fremde Gegenstände; er tut dies aber weder als Vertreter dieses Vermögens noch des Eigentümers dieses Vermögens (dem Eigentümer ist das Verwaltungs- und Verfügungsrecht entzogen, nicht bloß die Ausübung dieses Rechts), noch auf Grund eines dinglichen Rechts am Nachlaß, sondern als Eigenberechtigter auf Grund seines Amtes, auf dem diese Berechtigung ruht. Die Ausführung der vorgenannten Aufgaben ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des TV.; diese Pflicht erfüllt er ebenfalls nicht in Vertretung des Erben oder des Nachlasses, sondern als eigene mit seinem Amt verbundene. Recht und Pflicht des TV. zur Erfüllung der drei Aufgaben erfordern Schutz gegenüber dem Subjekt des verwalteten fremden Vermögens; deshalb wird der Erbe durch die Rechtshandlungen des TV. gebunden

und in der Verfügung über den Nachlaß beschränkt. Das Amt erteilt eine Macht über fremdes Vermögen, bringt aber auch eine Verantwortlichkeit mit sich, eben weil es sich um Eingriffe in ein fremdes Vermögen handelt. Diese Verantwortlichkeit beschränkt jedoch die Macht nicht; es ist scharf zu unterscheiden: nach außen die nahezu unbegrenzte Macht zu eigenem Recht, nur im inneren Verhältnis Verantwortlichkeit für ordnungsmäßige Ausübung dieser Macht.

Der TV. ist also eine vom Erblasser letztwillig berufene, auf Grund eines Amtes zur Ausführung der letztwilligen Anordnungen, Auseinandersetzung und Verwaltung des Nachlasses berechtigte und verpflichtete Person, welche diese Berechtigung und Verpflichtung mit bindender Wirkung für den Erben, aber unter Verantwortlichkeit im inneren Verhältnis zum Erben ausübt und erfüllt.

Drittes Kapitel.

Die Stellung des gewöhnlichen Testamentsvollstreckers auf dem Gebiet des Prozeßrechts.

I. Die Fälle, in denen der TV. zur Prozeßführung legitimiert ist.

1. Die im Gesetz positiv geregelten Fälle.

a. Aktivlegitimation in Nachlaßprozessen.

Das BGB bestimmt in § 2212: Ein der Verwaltung des TV. unterliegendes Recht kann nur von dem TV. gerichtlich geltend gemacht werden.

Die Aktivlegitimation des TV. hinsichtlich der seiner Verwaltung unterliegenden Rechte ist eine notwendige Konsequenz des Verwaltungsrechts. Was könnte der TV. bei einem Nachlaß, der in der Hauptsache aus Forderungen besteht, ausrichten, wenn ihm bei Geltendmachung und Eintreibung dieser Forderungen die Hände gebunden wären?

Die Aktivlegitimation des TV. richtet sich vollständig nach dem Umfang seiner Verwaltungsbefugnis. Da der TV. im Normal-

fall den ganzen Nachlaß in Verwaltung hat, so ist er auch zur gerichtlichen Geltendmachung aller zum Nachlaß gehörigen Rechte befugt. Die Tatsache, daß das eingeklagte Recht unter der Verwaltung des TV. steht, gehört zum Klaggrund und ist vom TV. im Bestreitungsfalle zu beweisen.

Die Rechte, zu deren gerichtlicher Verfolgung der TV. legitimiert ist, bestimmen sich nach dem Einzelfall, je nach der Beschaffenheit des Nachlasses. Insbesondere sind es die Ansprüche gegen die ihre Verpflichtungen bestreitenden Nachlaßschuldner, die der TV. geltend machen kann. Kraft seiner Pflicht zu ordnungsmäßiger Verwaltung muß sogar der TV. unter Umständen den Weg der Klage beschreiten; er darf auch nicht aus Fahrlässigkeit einen Anspruch verjähren lassen. Daß der TV. auch gegen den Erben, der ja ebensogut wie ein Dritter Nachlaßschuldner sein kann, zu klagen befugt ist, steht außer Zweifel. Eine sehr bestrittene Frage ist, ob der TV. zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs (§ 2018) aktiv legitimiert ist. Diese Frage läßt sich nicht vollständig entscheiden, ohne daß man auf die Legitimation zur Geltendmachung des Erbrechts eingeht; sie soll deshalb erst unten im Anschluß an die Legitimation im Erbschaftsstreit erörtert werden.

Die „gerichtliche Geltendmachung" umfaßt sämtliche prozessual in Betracht kommenden Akte, also nicht bloß Geltendmachung durch Klage oder Widerklage, sondern auch Geltendmachung im Mahn- und Arrestverfahren etc., Entgegennahme von Aufrechnungserklärungen und die einwandsweise Geltendmachung der Aufrechnung einer Nachlaßforderung gegen eine Nachlaßverbindlichkeit im Prozeß.

Daß der TV. ausschließlich für Nachlaßstreitigkeiten aktiv legitimiert sein müsse, darüber herrschte bei den Kommissionsberatungen Einigkeit. Darüber aber, welche Wirkungen das in einem Nachlaßprozeß ergehende Urteil haben sollte, war man im Zweifel. Von der einen Seite wurde behauptet, es gehe über den Zweck der TV.-ung hinaus und sei auch nicht durch das Interesse Dritter geboten, daß man dem Urteil Wirkung für und gegen den Erben beilege. Hiegegen wurde eingewendet, es sei nicht einzusehen, warum der TV. zwar außerhalb des Rechtsstreits, nicht aber innerhalb desselben den Erben binden solle, und außerdem sprächen Billigkeit und Zweckmäßigkeit, insbesondere die Rücksicht auf den Prozeßgegner des TV. dagegen, dem Urteil die Wirkung für und

gegen den Erben zu versagen (Prot. V, S. 290). Die letztere Ansicht gelangte zum Siege und fand ihren Ausdruck in § 327 CPO: Ein Urteil, das zwischen einem TV. und einem Dritten über ein der Verwaltung des TV. unterliegendes Recht ergeht, wirkt für und gegen den Erben. Wie in § 2212 BGB ist auch hier das Verwaltungsrecht des TV. zu grunde gelegt; denn die Wirkung der Rechtskraft schlechthin zuzulassen, widerspräche dem in § 2212 angenommenen Prinzip. Der Erbe muß die Einrede erheben können, daß das vom TV. im Prozeß geltend gemachte Recht nicht seiner Verwaltung unterstanden, daß deshalb dem TV. die Aktivlegitimation gefehlt habe und das Urteil für ihn ohne Wirkung sei. Allerdings ist dabei nicht zu umgehen, daß der Dritte unter Umständen doppelte Zahlung leisten muß; der Dritte kann die Einrede der Rechtskraft nicht erheben gegenüber einer Klage des Erben, wenn dieser nachweist, daß dem TV. in dem früheren Prozeß über denselben Nachlaßgegenstand die Aktivlegitimation fehlte. Der Dritte wird also die Legitimation des TV. genau zu prüfen haben. Auch Irrtum des TV. selbst über seine Aktivlegitimation schützt den Dritten nicht vor einer neuen Klage des Erben.

Ein Urteil andererseits, das zwischen dem Erben und einem Dritten über ein der Verwaltung des TV. unterliegendes Recht ergeht, entbehrt jeglicher Wirkung für oder gegen den TV. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 2212 BGB.

Eine Konsequenz der Rechtswirkung des Urteils für und gegen den Erben ist die Vorschrift des § 728 CPO. Hienach kann vollstreckbare Ausfertigung eines solchen Urteils direkt für und gegen den Erben erteilt werden, sofern dessen Erbenstellung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Gegen den Erben kann die vollstreckbare Ausfertigung auch schon bei noch bestehender Verwaltung des Nachlasses durch den TV. erteilt werden; dies hindert aber den Erben nicht, eventuell Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen, da gemäß § 780 Abs. 2 CPO ein ausdrücklicher Vorbehalt der Haftungsbeschränkung im Urteil nicht erforderlich ist. Haftet der Erbe unbeschränkt, so kann aus einem solchen Urteil Zwangsvollstreckung auch in das Privatvermögen des Erben betrieben werden. Von einem zu gunsten des TV. ergangenen Urteil andererseits kann dem Erben vollstreckbare Ausfertigung erst nach Beendigung der Verwaltung des

TV. erteilt werden, da sonst das Prinzip des unbeschränkten Verfügungsrechts des TV. über den Nachlaß und seiner ausschließlichen Aktivlegitimation für gerichtliche Geltendmachung, zu welcher auch die Zwangsvollstreckung gehört, verletzt würde.

b. Passivlegitimation bei Nachlaßprozessen.

α. In gewöhnlichen Nachlaßstreitigkeiten.

„Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann sowohl gegen den Erben als gegen den TV. gerichtlich geltend gemacht werden. Steht dem TV. nicht die Verwaltung des Nachlasses zu, so ist die Geltendmachung nur gegen den Erben zulässig." § 2213 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB.

Im gewöhnlichen Fall der TV.-ung, wenn also dem TV. die Verwaltung des ganzen Nachlasses zusteht, können die Nachlaßgläubiger ihre Klagen entweder gegen den TV. oder gegen den Erben oder gegen beide zugleich richten. Daß der Erbe gegenüber Ansprüchen an den Nachlaß legitimiert sein muß, ergibt sich aus der Erwägung, daß der Erbe als successor in omne ius defuncti grundsätzlich auch persönlich für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, und daß es deshalb den Gläubigern unbenommen sein muß, auf das Vermögen des Erben zu greifen, was nur in einem Prozeß mit dem Erben möglich ist. Dieses unbestreitbare Recht darf den Gläubigern von dem Erblasser durch Ernennung eines TV. nicht entzogen werden können. Mit Ansprüchen des Nachlasses kann der Erbe dem Gläubiger gegenüber aber nur dann aufrechnen, wenn der TV. seine Zustimmung erteilt, da sonst das Recht des TV. auf ausschließliche Geltendmachung der seiner Verwaltung unterliegenden Rechte beeinträchtigt würde. Ist der Erbe allein verklagt, so kann der TV. dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beitreten; sein rechtliches Interesse ergibt sich daraus, daß er sich auf das zu gunsten des Erben ergangene Urteil berufen kann (s. u.).

Für die gleichzeitige Passivlegitimation des TV. andererseits spricht einmal, daß die Entziehung derselben, wenn der TV. im übrigen die Verwaltung des ganzen Nachlasses in der Hand hat, unnatürlich wäre, ferner, daß der TV. das Objekt, auf welches die Nachlaßgläubiger in erster Linie ihren Zugriff nehmen wollen, den Nachlaß, in seiner unmittelbaren Gewalt hat, endlich auch das Interesse des Nachlasses und des Erben selbst, da der TV. als Besitzer und Verwalter des Nachlasses am besten über die Beweis-

mittel und Einwendungen orientiert ist. Dem TV., welcher regelmäßig zur Lösung seiner Aufgaben den Nachlaß zu konstituieren hat, muß auch die Möglichkeit gegeben sein, ungerechtfertigte Ansprüche an den Nachlaß selbst zurückzuweisen; er darf hiebei nicht der Willkür des Erben ausgesetzt werden.

Wie bei der Aktivlegitimation, so ist auch hier wieder von großer Wichtigkeit die Frage nach der Wirkung der beiderseitigen Prozeßführung im Hinblick auf die Rechtskraft.

1. Welche Wirkung hat ein gegenüber dem TV. als Beklagten ergangenes rechtskräftiges Urteil?

Der bei der Beratung des BGB über diese Frage entstandene Streit hat nun seine Entscheidung in § 327 Abs. 2 CPO gefunden: Ein Urteil, welches zwischen einem TV. und einem Dritten über einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch ergeht, wirkt für und gegen den Erben, wenn der TV. zur Führung des Rechtsstreits berechtigt ist (d. h. wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht). Wie ein Urteil wirkt zweifellos auch ein von dem TV. abgeschlossener Vergleich. Aus einem solchen Urteil bezw. Vergleich kann Zwangsvollstreckung in erster Linie gegen den Nachlaß durchgeführt werden; eine besondere Verurteilung des Erben ist hiezu nicht erforderlich (§ 748 CPO). Unter denselben Voraussetzungen, welche oben bei Urteilen gegen den TV. in Aktivprozessen hervorgehoben wurden, kann aber auch Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des Erben stattfinden, § 728 Abs. 2 CPO. Durch diese Bestimmung wird die von Marcus (S. 76) aufgestellte Behauptung, gegen den Erben könne nur auf Feststellung und Anerkennung des Anspruchs, nicht auf Leistung geklagt werden, widerlegt. Dem Erben darf aber natürlich das Recht der Haftungsbeschränkung nicht entzogen werden, deshalb bestimmt § 780 Abs. 2 CPO, daß ein besonderer Vorbehalt der beschränkten Haftung im Urteil, das gegen den TV. ergeht, nicht erforderlich ist; wäre diese Ausnahme nicht gemacht, so läge es in der Willkür des TV., ob er die Aufnahme des Vorbehalts in das Urteil erwirken wollte, und hiemit wäre ihm eine weitgehende Verfügungsmacht auch über das Privatvermögen des Erben gegeben, welche den Zwecken der TV.-ung nicht entspräche. — Ist das Urteil zu gunsten des TV. ergangen, so kann der Erbe einer gegen ihn gerichteten Klage aus dem abgewiesenen Anspruch gegenüber die exceptio rei iudicatae geltend

machen. Vollstreckbare Ausfertigung eines solchen Urteils aber darf dem Erben erst nach Beendigung der Verwaltung des TV. erteilt werden (vgl. oben bei α).

2. Welche Wirkung hat nun umgekehrt ein gegenüber dem Erben als Beklagten erstrittenes Urteil? Grundsätzlich berührt ein solches Urteil den Nachlaß und den TV. nicht; Zwangsvollstreckung ist nur in das Privatvermögen des Erben möglich. Will der Nachlaßgläubiger, welcher einen Vollstreckungstitel gegen den Erben erlangt hat, in den Nachlaß vollstrecken, so muß er seinen Anspruch noch besonders gegen den TV. dahin geltend machen, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde (§ 2213 Abs. 3 BGB). Denn zur Vollstreckung in den Nachlaß ist nach § 748 Abs. 1 CPO ein gegen den TV. ergangenes Urteil unbedingt erforderlich. Dieses Erfordernis ergibt sich einmal aus dem Prinzip, daß eine Vollstreckung in Gegenstände, die sich nicht im Gewahrsam des Schuldners befinden, nicht möglich ist; außerdem aber muß dem Erben die Möglichkeit genommen werden, dem TV. die Nachlaßgegenstände durch schlechte Prozeßführung oder gar durch Führung von Scheinprozessen aus der Hand zu nehmen. Der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegenüber kann der TV. alle materiellen Einreden und Einwendungen, die sich gegen den Anspruch selbst richten, geltend machen. Die Möglichkeit, daß verschiedene sich widersprechende Entscheidungen ergehen, ist allerdings hienach nicht ausgeschlossen, dies wird jedoch kaum zu Unzuträglichkeiten führen; der Gläubiger, welcher gegen den Erben ein Urteil erzielt hat, aber mit der Klage gegen den TV. abgewiesen wurde, muß dann eben die Vollstreckung auf das Privatvermögen des Erben beschränken oder warten, bis der Nachlaß an den Erben ausgefolgt wird. Diese besondere Klage auf Duldung erübrigt sich natürlich, wenn der TV. zur Herausgabe der Gegenstände bereit ist (§ 809 CPO).

Ist der Nachlaßgläubiger mit seiner Klage gegen den Erben rechtskräftig abgewiesen, so kann der TV., wenn gegen ihn neue Klage erhoben werden sollte, die exceptio rei iudicatae geltend machen, sich also auf das für den Erben ergangene Urteil berufen. Dies wird schon in den Protokollen (V, S. 539) hervorgehoben, mit der Begründung, derjenige, von welchem rechtskräftig festgestellt sei, daß er von dem Erben nichts zu fordern habe, könne nicht

verlangen, daß der TV. ihm aus dem Nachlaß, also aus dem Vermögen des Erben, das leiste, was er nach der richterlichen Feststellung von dem Erben nicht zu fordern habe.

Gegen welchen der beiden passiv legitimierten Gegner wird nun ein Nachlaßgläubiger seine Klage am zweckmäßigsten richten? Eine allgemein zutreffende Antwort hierauf kann nicht gegeben werden, die Entscheidung ist nach den Umständen und Absichten des Gläubigers im Einzelfall verschieden. Handelt es sich um Geltendmachung von Eigentumsansprüchen an Nachlaßgegenstände, so wird der TV. als deren Besitzer auf Herausgabe zu verklagen sein. Auch in dem Fall wird die Klage gegen den TV. vorzuziehen sein, wenn eine große Zahl von Erben, die vielleicht noch nicht einmal sämtlich bestimmt sind, vorhanden ist. Allerdings muß dann der Gläubiger einer Widerklage des TV. gewärtig sein, was er bei der Klage gegen den Erben nicht zu fürchten hat, da ein der Verwaltung des TV. unterliegendes Recht ja nur von dem TV. gerichtlich geltend gemacht werden kann. Hauptsächlich aber wird bestimmend sein, ob der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Nachlaß oder gegen das Privatvermögen des Erben richten will. Im ersteren Fall ist die Klage gegen den TV. wegen § 748 Abs. 1 CPO diejenige, welche schneller zum Ziel führt, im letzteren die gegen den Erben. Bei alledem muß aber feststehen, daß der TV. den ganzen Nachlaß in Verwaltung hat; sind hierüber Zweifel vorhanden, so wird der Gläubiger besser gegen den Erben klagen, um sich nicht der Gefahr auszusetzen, daß die fehlende Passivlegitimation des TV. zu einer Abweisung führt oder dem ergehenden Urteil später die Wirkung gegen den Erben nimmt. Dasselbe gilt, wenn die Rechtmäßigkeit der Bestellung des TV. in Frage steht. Es wird deshalb in vielen Fällen angezeigt sein, beide, den TV. und den Erben, gemeinschaftlich zu verklagen. Hat endlich der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen, so ist Klage gegen ihn gemäß § 1958 BGB unzulässig; dagegen kann der Anspruch gegen den zur Verwaltung des ganzen Nachlasses berechtigten TV. erhoben werden (§ 2213 Abs. 2 BGB).

Zu einer eigenartigen, von Endemann (Erbrecht S. 232) aufgestellten Ansicht hinsichtlich der Voraussetzungen für die Passivlegitimation des TV. gegenüber Ansprüchen an den Nachlaß ist schließlich noch Stellung zu nehmen. Endemann behauptet, es

müsse wohl beachtet werden, daß keineswegs eine unbegrenzte Berechtigung des TV. zur Führung von sog. Passivprozessen ausgesprochen sei; Prozeßführung und Urteil wirken nur in dem Umfange auf den Erben, in dem der TV. berechtigt sei, für den Nachlaß Verbindlichkeiten einzugehen. Schuldbegründung und Passivprozesse stehen in voller Abhängigkeit von einander. Die Grenze ziehe das BGB (§ 2206, 2207, 2209). Zur Eingehung von Verpflichtungen sei der TV. regelmäßig nur soweit berechtigt, als dies zur Verwaltungsführung erforderlich sei. Treffe diese Voraussetzung nicht zu, oder sei dem TV. die Verwaltung nicht eingeräumt, so müsse die Klage gegen beide angestellt und das Urteil gegen beide erwirkt werden: gegen den Erben auf Leistung, gegen den TV. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß. — Für diese Auslegung fehlt nun aber im BGB jeglicher Anhaltspunkt. In § 2213 BGB ist klar und deutlich ausgesprochen, daß der TV. passiv legitimiert sei, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses zustehe, und zwar neben dem Erben; daß der TV. den ganzen Nachlaß in seiner Verwaltung hat, ist die einzige Voraussetzung für seine Passivlegitimation. Trifft diese zu, so ist der TV. zur Führung des Rechtsstreits berechtigt; das Urteil wirkt also gemäß § 327 Abs. 2 CPO für und gegen den Erben, mag die Eingehung der streitigen Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich gewesen sein oder nicht. Wenn dann von Endemann weiter behauptet wird, die Klage müsse gegen beide, TV. und Erben, angestellt werden, wenn die durch das Urteil festzustellende Verbindlichkeit ordnungswidrig eingegangen sei, so steht dies mit der klaren Fassung des § 748 CPO in direktem Widerspruch; hier ist ebenfalls einzig und allein das Erfordernis aufgestellt, daß der Nachlaß der Verwaltung des TV. unterliege, und in diesem Falle das Urteil gegen den TV. für erforderlich, aber auch für genügend erklärt. Hätte das Gesetz die von Endemann behauptete Einschränkung machen wollen, so hätte dies ausdrücklich bestimmt werden müssen. Die Endemannsche Interpretation ist deshalb als mit dem Gesetz in Widerspruch stehend zu verwerfen. Dieser Ansicht sind auch Planck-Ritgen (zu § 2213) und Böhm („Das Recht“ 1900 S. 272). Der letztere führt gegen Endemann außerdem noch ins Feld, seine Auffassung erschwere die Stellung des Nachlaßgläubigers im Prozeß, insofern es für diesen bei Vorhanden-

sein mehrerer Erben eine Erleichterung bedeute, nur einen Prozeßgegner zu haben. Es lasse sich auch beim besten Willen nicht immer von vornherein übersehen, ob die Prozeßführung im einzelnen Fall als Akt ordnungsmäßiger Verwaltung erachtet werden könne, und es würde der dem Kläger nach der Endemannschen Auffassung entgegenzustellende Einwand als eine exceptio ex iure tertii erscheinen, das Gericht auch mit einer Prüfungspflicht belasten, welche der Erbe selbst oft gar nicht wolle. Die Schadensersatzpflicht des TV. und das Interventionsrecht des Erben werden diesen vor Nachteilen ausreichend sichern. Gerade diese von Böhm erwähnten Sicherungsmittel lassen auch das von Endemann als „unerträglich" bezeichnete Ergebnis, daß der TV. zwar eine Darlehensschuld von 100 Mk. für den Nachlaß außerhalb der Verwaltungszwecke nicht begründen könne, wohl aber durch eventuell schlechte Prozeßführung die Verurteilung auf eine angebliche Darlehensschuld dem N. N. gegenüber von 10000 Mk. wirksam dem Nachlaß aufbürden dürfte, nicht unannehmbar erscheinen.

β. Passivlegitimation gegenüber Pflichtteilsansprüchen.

„Ein Pflichtteilsanspruch kann, auch wenn dem TV. die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden," § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB.

Wenn man dem Erben die ausschließliche Passivlegitimation gegenüber Pflichtteilsansprüchen einräumte, so ging man hiebei von der Erwägung aus, der Erbe müsse hier stets als der wahre Beklagte angesehen werden, auf die juristische Konstruktion des Pflichtteilsrechts als eines obligatorischen Anspruchs (gegen den Nachlaß bezw. den Erben) könne ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden (Prot. V S. 300). Wenn nun auch der Erbe hier ausschließlich passiv legitimiert ist, so darf trotzdem der TV. nicht ganz aus dem Spiel bleiben, sonst wäre es ja dem Pflichtteilsberechtigten unmöglich gemacht, während der Dauer der TV.-ung zu seiner Befriedigung den Nachlaß in Anspruch zu nehmen, da zur Zwangsvollstreckung in diesen ein gegen den TV. ergangenes Urteil erforderlich ist. Daß dies dem Berechtigten nicht verwehrt werden dürfe, wurde in der Kommission (Prot. V S. 301) anerkannt, andererseits aber festgestellt, daß im Interesse der ordnungsmäßigen Ausführung der TV.-ung und, um zu verhüten, daß durch Verabredungen zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten die TV.-ung illu-

sorisch gemacht werde, der TV. neben dem Erben verklagt werden müsse, wenn der Berechtigte sich an den der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaß halten wolle. Die Bestimmung des § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB ist also dahin aufzufassen, daß die Frage, ob ein Pflichtteils-Recht besteht, allein in einem Prozeß gegen den Erben entschieden werden kann (s. auch unten 3a), daß aber der Anspruch auf Leistung des Pflichtteils selbst aus dem Nachlaß mit einer Klage gegen den TV. auf Duldung der Zwangsvollstreckung geltend zu machen ist. Dementsprechend ist zur Zwangsvollstreckung wegen eines Pflichtteilsanspruchs in Nachlaßgegenstände unter allen Umständen ein sowohl gegen den Erben als gegen den TV. ergangenes Urteil erforderlich (§ 748 Abs. 3 CPO), sofern die betreffenden Gegenstände in der Verwaltung des TV. stehen.

Kann nun der TV. der Klage des Pflichtteilsberechtigten gegenüber auch Einwendungen gegen Grund und Betrag des Pflichtteilsanspruchs erheben? Böhm („Das Recht“ 1900 S. 273) und Arnold (a. a. O. § 5) sprechen sich in bejahendem Sinne aus. Im Gegensatz hiezu erklärt Brettner (a. a. O.), in dem Prozeß gegen den TV. sei nur die Zwangsvollstreckungs-, nicht die Pflichtteilsfrage in lite, und beharrt auf diesem Standpunkt auch in einer Ausführung in „Das Recht“ Jahrgg. 1900, S. 321, gegenüber Bunsen (Ztschr. f. C.P. Bd. 26, S. 270). Er stützt sich besonders auf § 2213 („nur“ gegen den Erben); was zwischen dem Pflichtteilsberechtigten und dem Erben entschieden würde, sei res iudicata und abgemachte Sache. Die Klage gegen den TV. sei nicht wegen seines amtlichen Interesses oder wegen seiner Rechtsstellung gefordert, sondern weil der verurteilte Schuldner und Eigentümer des Nachlasses diejenigen Vermögenstücke, an welche sich der Gläubiger halten will, nicht besitzt. Er verweist ferner auf die Motive (Heymanns Materialien S. 218), welche bemerken: „Nur wegen der Duldung der Zwangsvollstreckung, weil er nur über den Nachlaß verfügen kann, ist der TV. zu belangen, die Vertretung des Nachlasses gegen einen solchen Anspruch liegt außerhalb der Aufgaben des TV.“ Den Titel zur Duldung der Zw.V. könne der TV. ebensowenig anfechten, wie jeder Drittbesitzer den vollstreckbaren Titel, auf Grund dessen er von einem Aktivberechtigten, z. B. infolge eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, belangt werde. Das wäre eine unzulässige exceptio de iure tertii. Daher werde der

TV. in dem gegen ihn angestellten Prozeß hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs an sich allein das nachträglich erfolgte Erlöschen und also z. B. einwenden können, daß der Erbe den Kläger bereits befriedigt habe, oder daß zwischen diesen beiden später ein Vergleich oder Verzicht geschlossen sei. — Der Standpunkt Brettners ist m. E. nicht der richtige. Einmal ist in den Protokollen (a. a. O.) als Hauptgrund dafür, daß auch der TV. zu verklagen sei, die Besorgnis angeführt, es könnte durch Verabredungen zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten die TV.-ung illusorisch gemacht werden. Diese Gefahr würde ungemindert fortbestehen, wenn der TV. von jeder Einwendung gegen Grund und Höhe des Anspruchs ausgeschlossen wäre. Die beigezogene Stelle der Motive ist nicht ausschlaggebend. Wenn Brettner den TV. mit einem Drittbesitzer vergleicht, so übersieht er den Unterschied in der Stellung der beiden; den Drittbesitzer berührt die materielle Richtigkeit des vollstreckbaren Titels gar nicht, während der TV. auf Grund seiner Pflicht zur ordnungsmäßigen Nachlaßverwaltung und im Hinblick auf seine Aufgaben sehr daran interessiert ist, ob die durch Auszahlung des Pflichtteils entstehende Verminderung des Nachlasses zu Recht erfolgte oder nicht. Übrigens ist der Vergleich mit dem Drittbesitzer vom Standpunkt Brettners aus, der den TV. als gesetzlichen Vertreter des Erben ansieht, unverständlich, wie Arnold (a. a. O.) mit Recht bemerkt.

Zweckmäßig wird der Pflichtteilsberechtigte die Klage gegen den TV. mit derjenigen gegen den Erben verbinden; daß dies zulässig ist, wird allgemein anerkannt und kann auch nach der Fassung von § 748 Abs. 3 CPO nicht zweifelhaft sein.

2. Die Fälle sicher zu erschließender Legitimation.

a. Der TV. ist in erster Linie dazu berufen, die Interessen des Erblassers wahrzunehmen. Es ist deshalb oben (bei der Stellung des TV. auf privatrechtlichem Gebiet) festgestellt worden, daß der TV. auch solche letztwillige Anordnungen auszuführen hat, welche rein ideale Interessen des Erblassers verfolgen. So kann denn auch für das prozeßrechtliche Gebiet kein Zweifel darüber herrschen, daß der TV. Prozeßlegitimation besitzt, wo es sich um Wahrnehmung solcher idealer Interessen des Erblassers handelt. Die letztwilligen Anordnungen, welche hier gemeint sind, stehen im Gegensatz zu

solchen, welche für einen Dritten ein Erbrecht begründen oder ihm sonst einen Vorteil zuwenden; als Beispiele sind hauptsächlich Verfügungen über das Begräbnis des Erblassers zu nennen. Bei solchen Anordnungen besteht vielfach die Gefahr, daß die Erben ihre Ausführung unterlassen oder vernachlässigen; um dies zu verhüten, wird häufig gerade die TV.-ung angeordnet. Der TV. muß also in Streitigkeiten, welche sich aus solchen Anordnungen ergeben, zur Prozeßführung legitimiert sein.

Man wird überhaupt die Prozeßlegitimation des TV. überall da als begründet erachten müssen, wo es sich um Verfolgung von Zwecken handelt, an denen kein Nachlaßbeteiligter ein Interesse hat.

b. Zweifellos ist ferner, daß der TV. zur Verfolgung der von dem Erblasser angeordneten Auflagen legitimiert ist. Dies folgt unmittelbar aus dem in § 2203 BGB ausgesprochenen Grundsatz. Daraus, daß der TV. in § 1888 des I. Entwurfs ausdrücklich erwähnt, jetzt in § 2194 BGB aber nicht mehr unter denjenigen, welche die Vollziehung der Auflagen zu verlangen berechtigt sind, genannt ist, darf nicht ein Schluß auf das Gegenteil gezogen werden, sondern es ist davon auszugehen, daß man die Erwähnung des TV. als weiteren Berechtigten für entbehrlich hielt, da das Recht des TV., die Vollziehung der Auflagen zu verlangen, nach § 2203 und 2208 Abs. 2 BGB als selbstverständlich erschien.[1] Der TV. ist also zur Klage gegen die mit Vollziehung der Auflagen beschwerten Erben und Vermächtnisnehmer legitimiert.

c. Aus der Bestimmung des § 2203 BGB sicher zu erschließen ist ferner in dem Fall, daß die Erben gegen die Ausführung oder die Auslegung einer letztwilligen Anordnung Widerspruch erheben, die Legitimation des TV. zur Erhebung der Klage gegen die Erben auf Feststellung seiner Berechtigung und Verpflichtung zur Ausführung dieser Anordnung, bezw. auf Feststellung des Inhalts und Sinnes der Verfügung; und umgekehrt seine Passivlegitimation gegenüber einer entsprechenden Feststellungsklage der Erben (vgl. oben 2. Kap., I. 1). Es ist hier insbesondere an den Fall zu denken, daß von den Erben Widerspruch gegen die Auszahlung eines Vermächtnisses erhoben wird. Wenn in diesem Prozeß die Ungültigkeit des Legats festgestellt wird, so ist damit aber keineswegs den Ansprüchen des Bedachten präjudiziert; dieser kann gemäß § 2213

[1] Ebenso Brettner S. 220, Meischeider S. 442.

Abs. 1 BGB seinen Anspruch selbständig gegen die Erben und den TV. geltend machen.

d. Außer Zweifel ist endlich auch die Legitimation des TV. in Streitigkeiten, die sich zwischen ihm und den Erben aus der Verwaltung des Nachlasses ergeben. Insbesondere kann Streit darüber entstehen, ob die Eingehung einer Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist; sowohl der TV. als die Erben können ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung haben, ob der TV. zur Eingehung einer Verbindlichkeit, überhaupt zu einem Verwaltungsakt, berechtigt ist, und zwar der TV. auf Grund seiner Regreßpflicht, die Erben als Eigentümer des Nachlasses, der durch unnötige Verbindlichkeiten nicht belastet werden soll. In § 2206 Abs. 2 BGB sieht das Gesetz ausdrücklich eine Klage des TV. gegen die Erben auf Erteilung der Einwilligung zur Eingehung einer zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Verbindlichkeit vor. Weitere Prozesse zwischen dem TV. und dem Erben können sich aus den Bestimmungen der §§ 2215ff. BGB ergeben.

Was die Frage der Rechtskraftswirkung der Urteile, welche in den unter a—d erwähnten Fällen ergehen, betrifft, so tritt dieselbe nur unter den Prozeßparteien ein.

3. Die zweifelhaften (bestrittenen) Fälle.

a. Die Legitimation im Erbschaftsstreit.

Über die Prozeßführung im eigentlichen Erbschaftsstreit, wo es sich um das Erbrecht selbst handelt, schweigt das BGB vollständig. Wissenschaft und Praxis haben diese Lücke zu ergänzen. Zu einer Übereinstimmung ist man aber bis jetzt nicht gekommen. Der Streit, welcher unter der Herrschaft des gemeinen Rechts über diese Frage entbrannte und dort nicht zum Austrag gebracht wurde, besteht auch seit dem Inkrafttreten des BGB noch fort.

Die Frage nach der Prozeßlegitimation im Erbschaftsstreit wurde früher fast allgemein als identisch mit derjenigen nach der Berechtigung des TV. zur Führung von Prozessen über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments behandelt. Von dem prinzipiellen Standpunkt aus, auf den die Anhänger jeder einzelnen Theorie sich ezüglich der Konstruktion der TV.-ung überhaupt stellten, leiteten sie auch je nachdem die Legitimation des TV. zur

Führung solcher Prozesse her oder lehnten sie ab. Das Schlagwort derjenigen, welche für die Legitimation eintraten, war: „Recht des TV. zur Verteidigung des Testaments!“ Der TV. sei zur Aufrechterhaltung und Ausführung der einzelnen Verfügungen des Testaments berufen, also auch ihres Inbegriffs, des Testaments selbst, er sei der „Wahrer und Hüter des Testaments“.[1] In diametralem Gegensatz hiezu erklärten die anderen, indem sie mehr das Interesse der Erben betonten, die Verteidigung des Erbrechts, welches sich auf das angegriffene Testament stützt, als eine höchstpersönliche Sache der Erben. Das Reichsgericht schwankte bei Entscheidung dieses Streits.[2]

Nach Inkrafttreten des BGB kann die Frage, ob der TV. zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments berechtigt sei, nicht mehr in dieser allgemeinen Form gestellt werden wegen der eingreifenden Verschiedenheit der Testamentslehre des BGB von der des gemeinen Rechts. Einmal kommt in Betracht, daß nach BGB mehrere Testamente, soweit sie sich nicht widersprechen, neben einander bestehen können; der Erblasser kann also in dem einen Testament den Erben einsetzen, in dem anderen den TV. ernennen. Ein weiterer Gegensatz ist der, daß nun ein Testament und ein TV. auch bei gesetzlicher Erbfolge vorhanden sein können, also die Frage, wer erbberechtigt ist, von der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments gar nicht abhängt. Von größter Bedeutung endlich ist die Bestimmung des § 2085 BGB, daß die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen in der Regel nicht zur Folge hat; man kann also nicht mehr schlechthin von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments als des Komplexes der von dem Erblasser getroffenen letztwilligen Verfügungen reden, sondern muß in der Regel jede einzelne im Testament getroffene Verfügung auf ihre Wirksamkeit untersuchen.

Nach dem Ausgeführten kann also die Frage nach der Prozeßlegitimation des TV. in Erbrechtsstreitigkeiten und in Prozessen über die Gültigkeit des Testaments nicht prinzipiell beantwortet werden, sondern es sind die einzelnen Fälle auszuscheiden.

I. Die TV.-ung ist in einem besonderen, für sich bestehenden Testament angeordnet.

---

[1] So insbesondere Dernburg, Pand. III, § 125.

[2]) Entsch. IX S. 209, bei Gruchot XXVIII, 260, Entsch. XXXII, 155.

Daß der TV., wenn es sich um die Gültigkeit dieses Testaments handelt, Prozeßlegitimation besitzt, ist außer allem Zweifel. Dies ist auch der Fall, wenn der TV. in einem Testament ernannt ist, welches noch andere Verfügungen enthält, sofern sich der Angriff nur gegen die Anordnung der TV.-ung richtet, im übrigen aber das Testament unangetastet läßt. Der TV. ist hier aktiv und passiv, und zwar ausschließlich legitimiert; er kann von sich aus — das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses vorausgesetzt — Klage auf Feststellung der Gültigkeit des Testaments gegen die Erben und Dritte erheben. Dagegen darf er nicht auf Feststellung der Unwirksamkeit des Testaments, insoweit es seine Ernennung zum TV. betrifft, klagen; hier hat noch der geistreiche Satz Dernburgs (Pand. III, § 125) seine Berechtigung: „Der TV. zöge sich sonst den Boden unter den Füßen weg." Das in solchen Prozessen ergehende Urteil wirkt Rechtskraft nur unter den Prozeßparteien.

II. Die Ernennung des TV. wird nicht angetastet, die Intestaterben aber greifen das eine Erbeinsetzung enthaltende Testament an.

Hier handelt es sich um die Frage: Wer ist Erbe? Müssen nun die Intestaterben, um ihr Erbrecht gegenüber den Testamentserben geltend zu machen, die Klage auf Unwirksamkeit der Erbeinsetzung gegen den TV. oder gegen die Testamentserben richten?

Der TV. hat gemäß § 2203 BGB die Aufgabe, die letztwilligen Anordnungen des Erblassers (und hiezu gehört auch die Erbeinsetzung) zur Ausführung zu bringen und die Interessen des Erblassers wahrzunehmen; hieraus könnte man folgern: Der Streit darüber, ob die Erbeinsetzung gültig und auszuführen sei, ist mit dem TV. als dem Hüter des letzten Willens auszutragen.[1] Gegen diese Entscheidung sprechen jedoch gewichtige Gründe: Einmal steht soviel fest, daß der TV. ein Recht und eine Pflicht zur Ausführung der letztwilligen Verfügungen nur im Falle ihrer Gültigkeit hat, daß er also weder berechtigt noch verpflichtet sein kann, um jeden Preis den Testamentserben, bloß deshalb, weil sie durch letztwillige Verfügung ernannt sind, zum Siege zu verhelfen. Ferner ist außer Zweifel, — und darüber sind auch die eben erwähnten Schriftsteller einig, — daß — angenommen, der TV. sei legitimiert — das ergehende Urteil keine Rechtskraftwirkung gegenüber den Testamentserben hat und haben darf; denn hiemit wäre dem TV. die

[1] So Wilke-Reatz, Marcus, Reissner, Wolff.

Macht gegeben, über das Erbrecht nach seinem Belieben zu verfügen. Mit Recht hebt deshalb Seckt (§ 16 Ziff. 3) hervor: „Das Interesse des Erblassers an der Vollziehung des letzten Willens ist voll anzuerkennen, aber soweit reicht die Anerkennung nicht, daß dadurch der überlebende Erbe in der Verteidigung seines Erbrechts beschränkt oder gebunden würde.“ Wenn nun also das zwischen den Erbprätendenten und dem TV. ergehende Urteil für und gegen die Testamentserben nicht wirkt, was hat dann aber der Prozeß mit dem TV. für einen Sinn? Der Testamentserbe, gegen den das Urteil nicht wirkt, könnte sofort einen Prozeß auf Anerkennung seines Erbrechts gegen den im Vorprozeß mit dem TV. obsiegenden Intestaterben anstrengen! Bei Verschiedenheit der Urteile würden sich unerträgliche Schwierigkeiten ergeben. Mit Recht haben Seckt (S. 65) und Brettner (S. 225) betont, die Passivlegitimation des TV. könnte nur in dem Sinn aufgefaßt werden, daß ein zwischen ihm und dem dritten Prätendenten ergehendes Urteil res iudicata auch für den Erben macht. Dies ist aber ausgeschlossen und deshalb die Legitimation des TV. überhaupt zu verneinen.[1]

Dieses Resultat steht scheinbar im Gegensatz zu der oben (Ziff. 2c) vertretenen Ansicht, daß der TV. bei Widerspruch der Erben gegen die Ausführung einer letztwilligen Anordnung, insbesondere eines Vermächtnisses, aktiv und passiv zur Feststellungsklage legitimiert ist. Die Gründe aber, welche dort für eine Legimation des TV. sprechen, treffen hier nicht zu. Für eine Aktivlegitimation des TV. fehlt hier das Bedürfnis und das rechtliche Interesse; für die Passivlegitimation des TV. den Feststellungsklagen der Erben gegenüber ist dort maßgebend die Erwägung, die Erben dürfen nicht auf Bereicherungs- und Schadensersatzklagen angewiesen werden, sie haben ein Recht, den Nachlaß in seiner ursprünglichen Gestalt in die Hand zu bekommen, und müssen ein Mittel haben, gegen die Ausführung der Anordnung selbst zu protestieren (vgl. 2. Kap., I. 1). Hier aber besteht eine solche Gefahr nicht; es handelt sich um das Erbrecht überhaupt, um das Recht auf den gesamten Nachlaß, zwei Erbprätendenten machen Anspruch auf denselben. Der TV. wird den Nachlaß an keinen von ihnen ausliefern, solange nicht der wahre Erbe feststeht, wegen seiner eigenen

[1] Ebenso im Resultat Herzfelder S. 434, Sturm S. 79, Endemann III S. 234, Meischeider S. 509, Planck-Ritgen, Erl. 4 vor § 2197.

Regreßpflicht; diese Feststellung aber kann endgültig nur in einem Rechtsstreit der Erbprätendenten gegen einander getroffen werden.

III. Die Eigenschaft einer Person als Miterben oder die Höhe eines Erbteils ist im Streit.

Prozesse über solche Streitigkeiten gehören aus denselben Gründen, die oben (zu II) erwähnt sind, grundsätzlich nicht in das Ressort des TV., sondern sind unter den Erben bezw. Erbprätendenten selbst zum Austrag zu bringen.[1]

IV. Das Pflichtteils-Recht ist im Streit.

Die Prozeßlegitimation gegenüber Pflichtteils-Ansprüchen wurde schon oben bei der Legitimation in Nachlaßprozessen erörtert. Klagen auf Feststellung der Pflichtteils-Berechtigung aber gehören in die Kategorie der Erbschaftsstreitigkeiten; auch diesen Klagen gegenüber ist der TV. nicht legitimiert. Wenn sogar der Pflichtteilsanspruch, also die konkrete Geldforderung an den Nachlaß, nur gegen den Erben und nicht gegen den TV. erhoben werden kann, und somit eine Ausnahme von dem Prinzip des § 2213 BGB gemacht wurde, so muß dies um so mehr gelten, wenn das Pflichtteils-Recht bestritten wird.

Passiv legitimiert ist der TV. aber natürlich in dem Fall, wenn gemäß § 2306 BGB geltend gemacht wird, die Anordnung der TV.-ung selbst involviere eine Pflichtteilsverletzung, oder wenn festgestellt werden soll, daß die TV.-ung bezüglich des Pflichtteils als nicht angeordnet gelten solle.[2] Denn hier handelt es sich ja um die Existenz der TV.-ung selbst; ein Angriff auf diese bedeutet zugleich einen Angriff auf die Interessen des Erblassers, und deren Schutz liegt dem TV. ob.

V. Die Frage des Erbrechts, der Gültigkeit des Testaments oder des Pflichtteilsrechts ist nicht eigentlicher Streitgegenstand, sondern kommt als Incidentpunkt in einem Rechtsstreit, zu dessen Führung der TV. berechtigt ist, zur Erörterung.

In solchen Fällen muß der TV. als legitimiert gelten, auch auf das Erbrecht bezw. Pflichtteilsrecht einzugehen, da sonst die Durchführung seiner Aufgaben in unerträglicher Weise erschwert werden könnte. Dies war einmal, wie die Protokolle (V, S. 300)

[1] So auch Marcus S. 75, Schaller § 4b.

[2] Ebenso Marcus S. 76, Planck-Ritgen und Frommhold, Erl. zu § 2213.

ergeben, die von der Mehrheit der II. Kommission geteilte Auffassung; außerdem ist dies übereinstimmend die Ansicht von Planck-Ritgen, Endemann, Ennecerus-Lehmann, Sturm, Brettner, Förster, Mayer-Reis, Meischeider, Böhm u. a. — Planck-Ritgen[1] führt folgende Beispiele an: Ist der eingesetzte Erbe nur persönlich mit einem Vermächtnis beschwert, so ist die Frage, ob der TV. dieses Vermächtnis auszuführen, bezw. die Ausführung durch den Beschwerten zu veranlassen hat (§§ 2203, 2208[2]), gemäß § 2147 davon abhängig, ob die Erbeinsetzung wirksam ist, und es muß in dem Prozeß zwischen dem Bedachten und dem TV. hierauf eingegangen werden. Ebenso, wenn ein vermeintlicher Erbe, dessen Erbrecht der TV. bestreitet, von diesem Rechnungslegung oder die Herausgabe entbehrlicher Nachlaßgegenstände verlangt.

Seckt (S. 64ff., 69), welcher im übrigen ebenfalls auf dem Standpunkt steht, daß Erbstreitigkeiten höchstpersönliche Sache der Erben seien, will dem TV. auch die Legitimation dann absprechen, wenn incidenter zur Erschütterung der Aktivlegitimation des TV. die Gültigkeit des Testaments bestritten werde, weil sonst das ergehende Urteil in Haupt- und Incidentpunkt Rechtskraft für und gegen den Erben habe und dem Erben bezüglich seines Erbrechts, das die Grundlage des Anspruchs gegen den Nachlaßschuldner bilde, präjudiziere. Abgesehen davon aber, daß bei dieser Behauptung die neue Testamentslehre des BGB[2] nicht berücksichtigt ist, übersieht Seckt, daß gemäß § 322 CPO die in dem Prozeß ergehende Entscheidung über die Wirksamkeit des Testaments nicht zur Rechtskraft erwächst, da sie nur ein Element der Urteilsfindung, eine Vorfrage für die Entscheidung über den Anspruch bildet. Dem Erbrecht des Erben wird also nicht präjudiziert, sondern nur für den konkreten Prozeß über die Aktivlegitimation des TV. entschieden. Selbst wenn der TV. durch Incidentfeststellungsklage oder der Beklagte durch Widerklage gemäß § 280 CPO eine der Rechtskraft fähige Entscheidung auch über die Gültigkeit des Testaments herbeiführen würden, hätte diese Entscheidung Wirksamkeit weder für noch gegen den Erben.

Faßt man hienach das Resultat zusammen, so ergibt sich: In Erbrechtsstreitigkeiten fehlt dem TV. grundsätzlich die Prozeß-

[1] Vorbem. Bd. V vor § 2197, S. 383.

[2] Vgl. oben im Eingang von Ziff. 3.

legitimation (auch zur Nebenintervention ist der TV. nicht berechtigt, da ihm das rechtliche Interesse fehlt); nur soweit das Erbrecht incidenter Streitgegenstand ist, besitzt auch der TV. Prozeßlegitimation.

Nun erhebt sich weiter noch die Frage, welche Wirkung die zwischen Erbprätendenten, bezw. den Erben und den Pflichtteilsberechtigten (Fälle II, III, IV) ergehenden Urteile dem TV. gegenüber haben. Eine unmittelbare Rechtskraftwirkung für und gegen den TV. läßt sich nicht konstruieren; für eine solche Annahme fehlt die gesetzliche Grundlage. Für eine unmittelbare Rechtskraftwirkung besteht auch kein Bedürfnis, da es sich wohl durchweg um Feststellungsurteile, aus denen eine Vollstreckung nicht stattfindet, handeln wird. Wenn nun der TV., des zwischen Erbprätendenten ergangenen Urteils ungeachtet (dies wird übrigens kaum vorkommen), den unterlegenen Teil auch ferner als wahren Erben behandelt, welche Mittel hat dann der obsiegende Teil? Er hat alle Rechte, welche das Gesetz dem Erben gegenüber dem TV. einräumt. Er kann also z. B. auf Mitteilung eines Verzeichnisses klagen (§ 2215), Überlassung von Nachlaßgegenständen verlangen (§ 2217), nach Erledigung der Aufgaben des TV. Herausgabe des Nachlasses fordern, schließlich den TV. mit der Klage aus § 2219 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Bestreitet dann der TV. den einzelnen Klagen gegenüber das Erbrecht, so wird dieses als Incidentpunkt Gegenstand des Streites; bei der Entscheidung hierüber bildet natürlich dann das zwischen den Erbprätendenten ergangene Urteil ein wichtiges Präjudiz, wenn auch ohne zwingende Kraft.

Im Anschluß an die Prozeßlegitimation im Erbschaftsstreit ist endlich noch zu erörtern die Legitimation beim Erbschaftsanspruch (§ 2018 BGB), überhaupt bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen Erbschaftsbesitzer. Bei der Klage aus § 2018 handelt es sich zwar nicht direkt um Feststellung des Erbrechts, wohl aber ist diese Feststellung immer die vorab zu entscheidende Vorfrage; deshalb rechtfertigt sich die Erörterung im Zusammenhang mit der Legitimation im Erbschaftsstreit.

Die Aktivlegitimation des TV. zur Erhebung der Klage aus § 2018 BGB wird bejaht von Gaupp-Stein (§ 327 Erl. IIa), Meischeider (S. 506), Hellwig (S. 76), Herzfelder (S. 435), Bunsen (Zeitschr. f. C.-P. 26 S. 267). Meischeider erklärt den TV. für legitimiert, wenn der Anspruch auf einen der Ver-

waltung desselben unterliegenden Gegenstand gerichtet sei; der Erbschaftsanspruch sei dann eben auch ein Recht im Sinne von § 2212. Hellwig (Anspr. S. 76) begründet seinen Standpunkt mit einer ihm eigentümlichen Auffassung der Natur des Erbschaftsanspruchs. Mit diesem werden nämlich nichts anderes als die in gewisser Weise qualifizierten Ansprüche wegen Verletzung der Erbschaftsrechte geltend gemacht. Darnach erscheine es nicht zweifelhaft, daß der TV. gegen Dritte den Anspruch aus § 2018 BGB geltend machen könne. Denn § 2212 BGB legitimieren ihn und nur ihn zur gerichtlichen Geltendmachung der zum Nachlaß gehörigen Rechte, soweit sie seiner Verwaltung unterliegen. So könne er, wenn er die Verwaltung des ganzen Nachlasses habe und ein falsus heres sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt habe, gegen diesen mit der Klage auf Herausgabe des Inbegriffs vorgehen, und der Inhalt der Verpflichtung des Beklagten bestimme sich zweifellos nach den Grundsätzen der §§ 2018 ff. Ebenso sei es sicherlich, wenn derjenige, der unter Verletzung des Inbesitznahmerechts des TV. den Nachlaß okkupiert habe, zwar verus heres, aber nur Partialerbe sei. Zweifelhaft könne die Frage nur werden, wenn der Erbschaftsbesitzer der Alleinerbe sei. Wörtlich genommen sei § 2018 hier unanwendbar. Wenn es aber gewiß sei, daß er die Erbschaftsgegenstände an den TV. herausgeben müsse, und daß der Verwaltung auch die Forderungen, welche wegen Beschädigung, Verbrauch u. s. w. Bestandteile des erbschaftlichen Sondervermögens geworden seien, realisieren könne, so müssen, um eine Schädigung des gutgläubigen Erben einerseits und der von dem TV. zu befriedigenden Legatare u. s. w. andererseits zu verhüten, auch die Normen über den Erbschaftsanspruch Anwendung finden. Der § 2018 sei also auf die Fälle analog anzuwenden, in denen der Eingriff „auf Grund eines eingeschränkten Erbrechts“ geschehen sei.

Dem gegenüber erachtet diejenige Ansicht, welche als die herrschende bezeichnet werden darf (Planck-Ritgen, Endemann, Böhm, Sturm, Arnold u. a.) den TV. zur Erhebung des Anspruchs aus § 2018 für nicht legitimiert und wohl mit Recht. Die Ansicht Hellwigs steht und fällt mit seiner Auffassung von der Natur des Erbschaftsanspruchs. Schon im gemeinen Recht war dessen Natur bestritten; es traten sich zwei Meinungen gegenüber: die einen behaupteten, Klagfundament sei in erster Linie der Streit

um die bessere Erbberechtigung und erst in zweiter Linie komme ein vindikatorisches Moment hinzu; die anderen vertraten den umgekehrten Standpunkt. Eine bestimmte Entscheidung brachte auch das BGB nicht. Man wird jedoch die erstere Ansicht als die dem Sinn seiner Bestimmungen entsprechende ansehen müssen. Denn § 2018 kennzeichnet mit absoluter Bestimmtheit die Parteien: auf der einen Seite „der Erbe", auf der anderen „der Erbschaftsbesitzer". Gerade die Ausscheidung des nach gemeinem Recht außerdem passiv legitimierten „pro possessore possessor" spricht dafür, daß das Hauptmoment der Klage der Streit um das Erbrecht ist und nicht die Vindikation des Nachlasses; der Streit um das Erbrecht aber ist, wie oben ausgeführt, unter den Erbprätendenten selbst zum Austrag zu bringen. Daß diese Auffassung von der Natur des Erbschaftsanspruchs es verbietet, dem TV. die Aktivlegitimation zuzugestehen, gibt Hellwig selbst zu.

Die Hellwigsche Ansicht, welche dem Erbschaftsanspruch den Charakter eines besonderen erbrechtlichen Anspruchs abspricht, ist aber nach BGB sicherlich unhaltbar, da ja gerade in § 2029 die Einzelansprüche in Gegensatz zu ihm gestellt werden. Daß der Anspruch ein besonderer, erbschaftlicher, universaler ist, geht ferner aus den §§ 2022 und 2027 hervor: Der Erbschaftsbesitzer hat, auch wenn er nur eine einzige Nachlaßsache besitzt, die Pflicht zur allgemeinen Auskunftserteilung; er kann Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen geltend machen, welche er auf ganz andere als die herauszugebenden Sachen gemacht hat. Für die analoge Anwendung des § 2018 vollends auf das Verhältnis zwischen TV. und Alleinerben findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt; hiezu hätte es sicherlich einer besonderen Bestimmung bedurft; außerdem ist auch das Verhältnis zwischen TV. und Alleinerben zu sehr verschieden von demjenigen zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer, als daß sich eine analoge Anwendung rechtfertigen ließe.

Ein weiteres Argument gegen die Legitimation des TV. zur Erhebung des Erbschaftsanspruchs ergibt sich aus den Grundsätzen über die Rechtskraft. Wenn man mit Meischeider und Herzfelder den Anspruch aus § 2018 als ein der Verwaltung des TV. unterliegendes Recht ansehen wollte (§ 2212), so müßte man auch das zwischen dem TV. und dem Erbschaftsbesitzer ergehende Urteil gemäß § 327 Abs. 1 CPO für und gegen den Erben wirken lassen.

Dies würde aber gegen den Grundsatz verstoßen, daß der Erbe in der Verteidigung seines Erbrechts durch den TV. nicht gebunden werden darf und daß der TV. über das Erbrecht nicht verfügen kann. Denn in dem Prozeß zwischen TV. und Erbschaftsbesitzer wird immer incidenter über das Erbrecht entschieden. Hiedurch wird nun allerdings nicht allgemein dem Erbrecht des Erben präjudiziert; eine Klage auf Feststellung des Erbrechts steht dem Erben immer noch offen; aber präjudiziert wird dem Erbrecht des Erben hinsichtlich des speziell im Streite befindlichen Gegenstands, und, wenn dies der ganze Nachlaß ist, eben hinsichtlich des ganzen Nachlasses. Durch das rechtskräftige Urteil erwachsen zwar nicht die „Urteilselemente“ zur Rechtskraft; andererseits wird aber auch nicht bloß der Ausspruch der Rechtsfolge schlechthin rechtskräftig, sondern Gegenstand der Rechtskraft ist der Ausspruch der Rechtsfolge in Verbindung mit dem zu grunde liegenden Tatbestand.[1] So wird denn auch im Prozeß über den Erbschaftsanspruch nicht bloß die Herausgabepflicht des Beklagten schlechthin, sondern seine Herausgabepflicht (bezw. das Nichtbestehen einer solchen) auf Grund Erbrechts und damit dieses selbst rechtskräftig festgestellt. Wenn nun also der TV. mit der Klage aus § 2018 auf Herausgabe des ganzen Nachlasses geklagt hätte und rechtskräftig abgewiesen worden wäre, so könnte der Erbe wohl noch allgemeine Feststellungsklage über das Erbrecht erheben; diese würde ihm aber materiell nichts nützen, denn durch das Urteil zwischen dem TV. und dem Erbschaftsbesitzer ist auch für den Erben rechtskräftig festgestellt, daß ihm ein Herausgabeanspruch auf Grund Erbrechts nicht zusteht. Diese Konsequenz steht in direktem Widerspruch mit dem Prinzip, daß der Erbe in der Verteidigung seines Erbrechts durch den TV. nicht gebunden werden darf. Es ist deshalb auch aus diesem Grunde die Legitimation zur Erhebung der Klage aus § 2018 dem TV. abzusprechen.

Ist der TV. zur Erhebung des Erbschaftsanspruchs nicht legitimiert, so stehen ihm auch die Hilfsansprüche der §§ 2027, 2028 BGB nicht zu.[2]

An der Geltendmachung der Einzelansprüche (§ 2029 BGB) dagegen ist der TV. nicht gehindert, denn Klagfundament ist bei ihnen ja nicht das Erbrecht, sondern irgend ein anderes in der

[1] Gaupp-Stein, Anm. V zu § 322.

[2] A. M. inkonsequenterweise Planck-Ritgen, Erl. 2 zu § 2212.

Person des Erblassers begründetes Recht, welches nach dessen Tode als Bestandteil des Nachlasses in die Verwaltung des TV. gefallen ist.

Der Erbschaftsbesitzer, gegen den der TV. mit einer Singularklage vorgeht, kann nun allerdings einredeweise sein Erbrecht geltend machen. Daß der TV. dann berechtigt ist, auf die Frage des Erbrechts einzugehen, weil es nur als Incidentpunkt in Frage kommt, wurde schon oben hervorgehoben. Hierin liegt auch gar keine Gefahr für den Erben; denn die Entscheidung über das Erbrecht als Incidentpunkt erwächst hier nicht zur Rechtskraft, da das Erbrecht als bloßes einzelnes Verteidigungsmittel, um den klägerischen Anspruch abzuwehren, geltend gemacht wird, und da einzelne Verteidigungsmittel, sowie einredeweise geltend gemachte Gegenrechte nicht rechtskräftig festgestellt werden können. Nun darf aber der gutgläubige Erbschaftsbesitzer, wenn er von dem TV. mit der Singularklage belangt wird, nicht schlechter gestellt werden als einer Klage des Erben gegenüber; dies kann nur verhindert werden durch entsprechende Anwendung des § 2029 BGB: auch den Singularklagen des TV. gegenüber muß sich die Haftung eines Erbschaftsbesitzers nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch bestimmen.

Endlich sei noch hervorgehoben, daß der TV. in der Regel den Erbschaftsanspruch ganz gut wird entbehren können. Angenommen, es sei ein verus heres, ein pro herede possessor und der TV. vorhanden; beide Prätendenten behaupten, Erben desselben Erblassers zu sein, der auch den TV. ernannt hat. Dem TV. kann es nun vollständig gleichgültig sein, ob der eine oder andere der Prätendenten wahrer Erbe ist; er hat unter allen Umständen Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses (§ 2205). Der Erbschaftsbesitzer kann höchstens die Gültigkeit der Ernennung des TV. bestreiten, und zur Prozeßführung hierüber ist der TV. ja zweifellos legitimiert. Die Frage, wer Erbe ist, wird dem TV. nur dann nicht gleichgültig sein, wenn die TV.-ung nur für den Fall, daß der eine der beiden Prätendenten Erbe wird, angeordnet wurde. Behauptet nun der auf Herausgabe verklagte Erbschaftsbesitzer, dieser Fall sei nicht eingetreten, so muß allerdings auf die Frage des Erbrechts eingegangen werden; aber auch hiefür ist, wie oben (Ziff. V) ausgeführt, der TV. legitimiert, da das Erbrecht ja nur als Incidentpunkt zur Erörterung kommt. In diesen Fällen ist es also ganz

unnötig, dem TV. die Legitimation zur Erhebung der Klage aus § 2018 zu gewähren. Der TV. kann zudem, gestützt auf die allgemeine Bestimmung des § 260 BGB, annähernd denselben Erfolg erreichen, wie wenn ihm die Ansprüche aus §§ 2027, 2028 zuständen. Es fragt sich nur, wie sich bei der Klage des TV. aus § 2205 die Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers gestaltet. Es ist, wie oben bei den Singularklagen, davon auszugehen, daß der Erbschaftsbesitzer der Klage des TV. aus § 2205 gegenüber nicht schlechter und nicht besser gestellt sein darf als der Klage aus § 2018 gegenüber, und hieraus muß der Schluß gezogen werden, daß die Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers auch der Klage des TV. aus § 2205 gegenüber nach den Grundsätzen der §§ 2019 ff. BGB beurteilt werden muß.

Daß nach dem bisher Ausgeführten auch von einer Passivlegitimation des TV. gegenüber der Klage aus § 2018 BGB nicht die Rede sein kann, ergibt sich von selbst. Daß dem TV. die Passivlegitimation fehlt, nehmen übrigens auch die meisten Vertreter der Ansicht an, welche den TV. für aktiv legitimiert ansehen. So ziemlich allein steht Marcus (S. 74), welcher den TV. sogar für ausschließlich legitimiert erklärt!

b. Legitimation in Streitigkeiten über die Art und Weise der Auseinandersetzung.

In Streitigkeiten über die Art und Weise der Auseinandersetzung des Nachlasses ist der TV. zur Prozeßführung legitimiert. Die Legitimation des TV. ist eine unabweisbare Konsequenz aus der ihm durch das BGB (§ 2204) zugewiesenen Aufgabe, die Auseinandersetzung zu bewirken. Wollte man die Erben für legitimiert erachten, so müßte man zugleich annehmen, daß der TV. die zwischen den Miterben ergehenden Urteile zu respektieren hätte; denn wenn er sich souverän über dieselben hinwegsetzen und die Auseinandersetzung trotzdem in anderer Weise bewirken könnte, hätte die Prozeßführung der Miterben unter sich doch wohl keinen Sinn. Die Annahme einer Rechtskraftswirkung für den TV. würde sich aber in Widerspruch setzen mit der Bestimmung des § 2204, wonach der TV. bei der Auseinandersetzung grundsätzlich nur an die Anordnungen des Erblassers und die gesetzlichen Teilungsvorschriften gebunden und im übrigen unabhängig dastehen soll.

Die Legitimation des TV. folgt außerdem aus der ihm ob-

liegenden Pflicht, in erster Linie die Interessen des Erblassers wahrzunehmen. Diese Interessen müssen auch bei der Nachlaßauseinandersetzung vor allem gewahrt werden. Wenn nun die Streitigkeiten über die Art und Weise der Auseinandersetzung unter den Erben zum Austrag kämen, so wären naturgemäß auf beiden Seiten nur die Interessen einzelner Erben vertreten, und das Interesse des Erblassers, das seinen Vertreter in dem außerhalb des Prozesses stehenden TV. hätte, wäre in den Hintergrund gedrängt. Der TV. muß deshalb notwendig auch zur Prozeßführung über derartige Streitigkeiten legitimiert sein, um den Interessen des Erblassers den nachdrücklichsten Schutz angedeihen lassen zu können.

Die Legitimation des TV. ist auch begründet in Streitigkeiten über die Ausgleichungspflicht.[1] Anderer Ansicht ist Brettner (S. 229f.): Der TV. könne das Kollationsrecht nicht verfolgen, weil dasselbe abziele auf ein rein wirtschaftliches Ergebnis, das infolge der Idealkollation zu gunsten der übrigen Erben eintrete; auch die Kollationspflicht eines Miterben könne nicht in einem Prozeß gegen den TV. geltend gemacht werden, denn sie sei weder eine Nachlaßforderung noch eine Nachlaßverbindlichkeit, sondern eine Ausgleichungsfrage, welche die Erben allein berühre und rein persönlicher Natur sei. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten: Der TV. hat das Recht und die Pflicht, die Auseinandersetzung zu bewirken; ein wesentlicher Bestandteil der Auseinandersetzung aber ist die Durchführung der Ausgleichung und die Ausrechnung der auf den einzelnen Erben fallenden Quote gemäß dem in § 2056 BGB geregelten Verfahren der Idealkollation. Die Beweisführung Brettners ist unrichtig, weil die Prozesse über Nachlaßforderungen und Nachlaßverbindlichkeiten nicht die einzigen sind, zu deren Führung der TV. berechtigt ist. Das BGB hat nur die Prozeßlegitimation in Nachlaßprozessen ausdrücklich geregelt, damit aber keineswegs erschöpfend sein wollen. Allerdings ist die Ausgleichungspflicht rein persönlicher Natur; der TV. wird deshalb, wenn keine besonderen Interessen des Erblassers entgegenstehen, eine Vereinbarung der Erben über die Ausgleichung berücksichtigen müssen. Herrscht dagegen Streit über die Ausgleichungspflicht, so ist es der TV., welcher auf Grund der letztwilligen Anordnungen und der Bestimmungen in §§ 2052—56 BGB zu entscheiden hat, ob

[1] Ebenso Marcus S. 76, Böhm, „Das Recht“ 1900 S. 373, Schaller § 6.

und in welcher Höhe ein Miterbe ausgleichungspflichtig ist (§ 2204). Praktisch wird der Verlauf der sein, daß der Miterbe, welcher einen anderen zur Ausgleichung heranziehen will, sich an den TV. als den Leiter der Auseinandersetzung wendet und ihm seine für die Ausgleichungspflicht sprechenden Gründe vorträgt. Hienach wird der TV. ihm seine Entschließung mitteilen. Ist der sich beschwerende Miterbe dann mit der Entscheidung des TV. nicht einverstanden, so kann er den Rechtsweg beschreiten und zwar gegen den TV. als denjenigen, welcher die Entscheidung gefällt hat. Der angeblich ausgleichungspflichtige Miterbe kann als Nebenintervenient in den Prozeß eintreten. Läßt sich dagegen der TV. von dem sich beschwerenden Miterben überzeugen, ohne daß es zu einem Prozeß kommt, so wird er den Ausgleichungsposten bei der Auseinandersetzung dem kollationspflichtigen Miterben in Rechnung stellen. Diesem steht dann ebenfalls der Rechtsweg, d. h. Klage gegen den TV. offen.

Die in solchen Prozessen ergehenden Urteile haben Rechtskraftswirkung nur unter den streitenden Parteien.

II. Die Stellung des Erben im Rechtsstreit des TV.

Der TV., welcher über die zum Nachlaß gehörigen Rechte und die gegen ihn gerichteten Ansprüche Prozesse führt, prozessiert hiebei als materiell nicht interessierte Person. Am Rechtsstreit materiell interessiert ist der Eigentümer des Nachlasses, der Erbe. Diese Erwägung führt zu der Frage nach der Stellung des Erben im Rechtsstreit des TV., eine Frage, welche im wesentlichen identisch ist mit der anderen: Ist im Prozeß des TV. der Erbe Partei, der TV. nur sein Vertreter, oder nicht?

1. Die Stellung des Erben im Rechtsstreit des TV. wird hauptsächlich in folgenden Fällen fraglich:

a. Wenn es sich darum handelt, ob der Erbe berechtigt ist, in den von dem TV. geführten Prozeß als Nebenintervenient einzutreten. Ist der Erbe Partei, so kann natürlich von einer Nebenintervention keine Rede sein, und es ist unbegreiflich, wenn z. B. Weißler (S. 193) die Nebenintervention des Erben als selbstverständlich zulässig erklärt, während er kurz vorher den Satz aufstellt, in den Prozessen des verwaltenden TV. seien die Erben Prozeßpartei. Oder soll dies auch wieder eine „Eigentümlichkeit“ dieser gesetzlichen Vertretung der Erben durch den TV. sein?

b. Wenn im Rechtsstreit des TV. der Erbe als Zeuge benannt wird. Ist der Erbe Partei, so darf er nicht als Zeuge vernommen werden, da niemand Zeuge in eigener Sache sein kann.

c. Wenn es sich um die Leistung eines Parteieides handelt. Hat der Erbe diesen Eid zu leisten? Trifft vielleicht § 473 CPO zu?

d. Wenn während eines anhängigen Prozesses das Amt des TV. endigt oder ein Wechsel in der Person des TV. eintritt. Wird hiedurch das Verfahren unterbrochen? Ist der Erbe berechtigt und verpflichtet, den Rechtsstreit zu übernehmen? Auch hier ist die Frage, ob der Erbe Partei ist, von Bedeutung.

e. Wenn der Erbe oder einer von mehreren Miterben zufällig als Richter im Prozeß des TV. in Betracht kommt. Liegt hier der Ausschließungsgrund des § 41 Ziff. 1 CPO vor?

2. Bei Entscheidung der vorgenannten Fragen kann zunächst dahingestellt bleiben, wer eigentlich in den Prozessen des TV. Partei ist; es genügt, wenn festgestellt wird, ob der Erbe als Partei zu gelten hat oder nicht, und diese Fesstellung kann vielleicht auch getroffen werden, ohne daß man Schlüsse aus einer Konstruktion der Stellung des TV. zu ziehen braucht. Grundlage der Entscheidung sollen vielmehr Anhaltspunkte im positiven Recht und Zweckbetrachtungen bilden.

Als ein Beweis dafür, daß der TV. nicht als Vertreter des Erben anzusehen sei, wird vielfach der § 327 CPO ins Feld geführt; diese Bestimmung — so folgert man — wäre, wenn der TV. vom Gesetz als Vertreter des Erben hätte aufgefaßt werden wollen, unnötig gewesen, da sich die Rechtskraftswirkung schon aus § 325 CPO ergeben würde. Diese Beweisführung ist jedoch nicht durchschlagend; wenn im BGB und in der CPO die Konstruktionsfrage offen gelassen werden wollte, so mußte, da die Rechtskraftswirkung ein unbedingtes Erfordernis war, dieser springende Punkt ausdrücklich hervorgehoben werden.

Ebensowenig kann man einen zwingenden Beweis in § 749 CPO erblicken, sofern hier besonders verfügt worden sei, daß die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den TV. zugelassen sein solle, während für den Nachlaßpfleger eine besondere Bestimmung überflüssig gewesen sei, eben weil der letztere Vertreter des Erben sei und deshalb die Vollstreckungsklausel dem Urteil gemäß § 727 CPO

beigefügt werden könne.[1] Diese Bestimmung mußte vielmehr getroffen werden, da sonst gemäß § 748 CPO zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein besonderes Urteil gegen den TV. hätte erwirkt werden müssen, die Gründe für diese besondere Verurteilung aber wegfallen, wenn schon der Erblasser rechtskräftig verurteilt ist.

Ein Anhaltspunkt dafür, daß das Gesetz den Erben im Prozeß des TV. nicht als Partei behandelt wissen will, ist nun aber wohl in dem Umstand zu erblicken, daß mehrfach Klagen zwischen TV. und Erben zugelassen werden. Besonders charakteristisch ist die Bestimmung des § 2206 Abs. 2 BGB. Außerdem bestreitet niemand, daß der Erbe selbst Nachlaßschuldner sein und vom TV. auf Bezahlung verklagt werden kann. In solchen Prozessen handelt der TV. — dies vermögen die Anhänger der Erbenvertretungstheorie nun einmal nicht zu widerlegen — im eigentlichsten Sinn als TV. Wenn nun der TV., der gegen den Erben Nachlaßforderungen geltend macht, nicht als Vertreter des Erben handelt, so tut er es auch nicht, wenn er gegen dritte Nachlaßschuldner klagt. Oder soll man annehmen, daß der gegen den Erben klagende TV. eben als Vertreter des Erben gegen den Erben als Nachlaßschuldner klagt, daß also hier der Erbe als solcher und dort der Erbe als Nachlaßschuldner Partei wäre? Das ist ein Unding.

Ebensowenig, wie in Nachlaßprozessen, handelt der TV. als Vertreter des oder der Erben, wenn er auf Ausführung von letztwilligen Verfügungen oder Vollziehung von Auflagen Klage erhebt, und selbstverständlich dann vollends nicht, wenn es sich um Erledigung eines Widerspruchs des Erben gegen die Ausführung einer letztwilligen Anordnung oder einer anläßlich der Auseinandersetzung entstandenen Streitigkeit oder einer Verwaltungsstreitigkeit zwischen TV. und Erben handelt.

Gegen die Auffassung, daß im Rechtsstreit des TV. der Erbe als Prozeßpartei anzusehen sei, sprechen auch praktische Erwägungen. Es ist jedenfalls sehr wünschenswert, daß der Erbe in den Prozessen des TV. als Zeuge vernommen werden könne, denn oft ist er die einzige Person, welche über die in Betraeht kommenden Rechtsverhältnisse Aufschluß zu geben vermag. Ein dringendes Bedürfnis spricht für die Zulässigkeit der Nebenintervention. Bei der nach § 327 CPO eintretenden Rechtskraftswirkung ist das hohe recht-

[1] In diesem Sinne wohl Schefold S. 13.

liche Interesse des Erben an einem für den TV. günstigen Ausgang des Rechtsstreits außer Zweifel; dieses Interesse fände aber keinen Schutz, wenn die Möglichkeit einer Nebenintervention nicht gegeben wäre. Die Parteistellung des Erben würde keinen Schutz gewähren, denn der TV. ist — soviel steht fest — bei der Prozeßführung von dem Erben in keiner Weise abhängig; er kann Vergleiche schließen, auf den Streitgegenstand verzichten, Anerkenntnisse abgeben, ohne hiebei an die Zustimmung des Erben gebunden zu sein. Er kann nicht gezwungen werden, die Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche der Erbe ihm angibt, vorzutragen. In der Nebenintervention bietet sich dagegen dem Erben ein Weg, seine Interessen wahrzunehmen.

Das dem Gesetz entsprechende und allein praktische Resultat geht also dahin:

Der Erbe ist im Rechtsstreit des TV. nicht Prozeßpartei. Er kann in diesem Rechtsstreit als Zeuge oder als Nebenintervenient auftreten; im letzteren Fall hat er die Stellung eines Streitgenossen (§ 69 CPO). Eide können dem Erben nur dann zugeschoben werden, wenn er als Nebenintervenient beigetreten ist (§ 449 CPO); der § 473 CPO kann keine Anwendung finden; der Ausschließungsgrund des § 41 Ziff. 1 CPO (Parteieigenschaft des Richters) trifft nicht zu.

Soweit der TV. im Prozeß ausschließlich legitimiert ist, fehlt dem Erben die Sachlegitimation, nicht, wie manche behaupten, die Prozeßfähigkeit; daß ihm diese nicht genommen ist, ergibt sich, wie Hellwig (Anspr. § 31) hervorhebt, aus den Vorschriften des Gesetzes über Passivprozesse; solche können ja auch gegen den Erben erhoben werden.

Es handelt sich jetzt nur noch um die Frage, was im Falle der Beendigung des Amtes des TV. und des Wechsels in der Person des TV. während eines anhängigen Prozesses zu gelten hat, da feststeht, daß der Erbe nicht Partei, also der § 241 CPO nicht anzuwenden ist.

a. Das Amt des TV. endigt während eines zwischen ihm und einem Dritten anhängigen Prozesses.

Den Rechtsstreit hiemit einfach als beendigt und erledigt anzusehen, geht nicht an; die Konsequenzen dieser Auffassung wären unhaltbar. Fällt also diese Lösung weg, so bleibt nur die Alter-

native: der Rechtsstreit muß von dem TV., bezw. wenn er gestorben ist, von seinem Erben vollends zu Ende geführt werden, oder: der Erbe muß berechtigt und verpflichtet sein, in den Rechtsstreit als Partei einzutreten. Welche Lösung ist da die zweckmäßigere? Zweifellos die zweite. Die erstere läßt sich nicht rechtfertigen. Ist das Amt des TV. erloschen, so hat der TV. damit auch seine Legitimation zur Prozeßführung verloren; er ist von diesem Augenblick an wieder vollständig Privatmann. Nur seine Eigenschaft als TV. hat ihm die Berechtigung zur Prozeßführung gegeben. Der beklagte Gegner könnte sofort die Einrede der fehlenden Aktivlegitimation geltend machen, und andererseits wäre dem in der Klägerrolle befindlichen Gegner mit der Weiterführung des Prozesses und Erzielung eines Urteils gegen den Ex-TV. gar nicht gedient. Übrigens auch vom Standpunkt des TV. aus betrachtet ergibt sich die Unhaltbarkeit einer solchen Lösung: wie soll ihm, den der Nachlaß gar nichts mehr angeht, und vollends eventuell seinen Erben zugemutet werden, solche Prozesse weiterzuführen! Ist also auch diese Lösung unhaltbar, so bleibt nur übrig, eine Berechtigung und Verpflichtung des Erben anzunehmen, in den vom TV. begonnenen Prozeß einzutreten. Dies ist die einzig zweckmäßige und auch allein dem Interesse des Prozeßgegners entsprechende Lösung. Das Recht des Erben auf Eintritt in den Rechtsstreit läßt sich darauf stützen, daß materiell der Prozeß von Anbeginn der eigenen Rechtssphäre des Erben angehört, und daß der Gegner kein anerkennenswertes Interesse hat, den Eintritt zu verbieten; die Verpflichtung des Erben darauf, daß er alle Rechtsfolgen der vorangegangenen Verwaltung des TV. gelten lassen und auf sich nehmen muß (so Kiehl, Zeitschr. f. C.-P. Bd. 30 S. 320).

In welcher Form hat nun der Eintritt des Erben in den anhängigen Rechtsstreit stattzufinden? Nach dem oben Ausgeführten steht fest, daß der Erbe in dem Prozeß des TV. nicht Partei war, daß also der Eintritt des Erben jedenfalls den Eintritt einer neuen Partei bedeutet, mag auch im übrigen dahingestellt bleiben, wer vorher als Partei anzusehen war. Da es sich also um den Eintritt einer neuen Partei handelt, wird es sich rechtfertigen lassen, den § 239 CPO entsprechend anzuwenden und eine Unterbrechung des Verfahrens anzunehmen, bis eine Aufnahmeerklärung von seiten des Erben oder — im Falle der Verzögerung der Aufnahme — die

Ladung durch den Gegner erfolgt (ebenso wohl Kiehl S. 320). Eine solche analoge Anwendung des § 239 CPO entspricht auch durchaus dem Interesse des Erben, der doch Zeit finden muß, sich über die Lage des Rechtsstreits zu orientieren, während die Annahme, es trete keine Unterbrechung ein, der Prozeß gehe in der Lage, in der er sich befinde, auf den Erben als Partei über (so Gaupp-Stein, Erl. I d zu § 241 CPO, Marcus S. 73, Planck-Ritgen, Vorb. 4 zu §§ 2212/14) zu unangenehmen Konsequenzen führen würde.

b) Es tritt ein Wechsel in der Person des TV. ein.

Hier gibt es nur eine vernünftige Lösung: Der Nachfolger muß berechtigt und verpflichtet sein, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, zu übernehmen.

Wie vollzieht sich diese Übernahme? Hier wird der § 241 CPO wegen der offenbaren Ähnlichkeit der Sachlage mit dem Fall des Eintritts eines neuen gesetzlichen Vertreters entsprechend anzuwenden, also eine Unterbrechung des Verfahrens anzunehmen sein, bis der TV. dem Gegner von seinem Amtsantritt Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem neuen TV. anzeigt.[1]

Angefügt mag hier, da es sich um Unterbrechung der Prozesse handelt, werden der ausdrücklich in der CPO geregelte Fall, daß der Erblasser während der Rechtshängigkeit eines von ihm begonnenen Prozesses stirbt. Es tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein. Das Ende der Unterbrechung und die Art der Aufnahme des Rechtsstreits ist verschieden, je nachdem der TV. oder der Erbe zur Führung des Rechtsstreits berechtigt ist. Im ersteren Fall endigt die Unterbrechung, wenn der TV. von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder, wenn der Gegner dem TV. seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, anzeigt (§§ 243, 241 CPO); im zweiten Fall erfolgt die Aufnahme nach der gewöhnlichen Vorschrift des § 239 CPO. Die Stellung des Erben und des TV. in den von dem TV. weitergeführten Prozessen ist dieselbe wie in den von oder gegen den TV. begonnenen Prozessen.

Wenn der vom Erblasser begonnene Rechtsstreit noch zu seinen Lebzeiten durch rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urteil beendigt worden war, so kann gemäß § 727 CPO eine voll-

[1] Ebenso Gaupp-Stein I S. 495.

streckbare Ausfertigung desselben für und gegen die Erben erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge bei Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (Erbschein) nachgewiesen wird. Der Gläubiger aber, der im Besitz einer solchen Ausfertigung ist, kann in den der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaß nicht vollstrecken (§ 748 Abs. 1 CPO). Da es nun eine unbillige Zumutung für den Gläubiger wäre, noch ein Urteil gegen den TV. erwirken zu müssen, ist in § 749 CPO der § 727 entsprechend anwendbar erklärt.

III. Frage der Konstruktion.

In dem bisher Ausgeführten wurde dahingestellt, wer in den Prozessen des TV. als Partei anzusehen sei; das Resultat der Erörterungen war nur das, daß jedenfalls der Erbe in diesen Prozessen nicht Partei ist. Wer ist nun aber die Partei? Es sind nur noch zwei Auffassungen möglich: entweder der Nachlaß als Sondervermögen (juristische Person ist er ja nicht, vgl. 2. Kap.) oder der TV. selbst.

Die erste Auffassung ist die Hellwigs.[1] Er geht, wie schon oben ausgeführt, davon aus, das im Nachlaß sich darstellende selbständige Sondervermögen sei während der Dauer der separatio als mit selbständiger Rechtsfähigkeit ausgerüstet anzusehen; deshalb sei dieses Vermögen parteifähig und der TV. als sein Verwalter habe die Sonderstellung des gesetzlichen Vertreters einer juristischen Person.

Zur Bekämpfung der Hellwigschen Konstruktion wird fast allgemein nur die Behauptung ins Feld geführt, der Nachlaß sei, weil keine juristische Person, nicht parteifähig. Demgegenüber ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Parteifähigkeit nicht notwendig Hand in Hand geht mit der juristischen Persönlichkeit auf privatrechtlichem Gebiet. Hellwig (Lehrb. S. 309) führt die Bestimmung des § 50 Absatz 2 CPO an und sieht hierin „ein Vorbild für seine Formulierung im Reichsrecht selbst", insofern hier dem nicht rechtsfähigen Verein eine teilweise Parteifähigkeit zugesprochen sei und er im Rechtsstreit die Stellung eines rechtsfähigen Vereins haben solle.

Trotzdem wird auch vom prozeßrechtlichen Standpunkt aus betrachtet die Hellwigsche Konstruktion nicht zu billigen sein. Die von Hellwig vorbildlich beigezogene Bestimmung des § 50

[1] Anspr. § 33, Lehrb. §§ 44, 46.

Abs. 2 CPO ist m. E. gerade gegen die Hellwigsche Konstruktion zu verwerten, denn § 50 stellt den Satz voran: „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist," spricht hiemit allerdings nicht aus, daß „nur" der Rechtsfähige Partei sein kann, aber stellt doch hiemit das Prinzip auf, daß außer den Rechtsfähigen nur solche als Parteien gelten sollen, denen die Parteifähigkeit vom Gesetz ausdrücklich beigelegt ist. Dies ergibt sich auch aus dem Absatz 2 des § 50, wo dem nicht rechtsfähigen Verein ausdrücklich Parteifähigkeit zugebilligt wird, übrigens nur die passive Parteifähigkeit, woraus man sieht, wie sparsam das Gesetz mit der Verteilung der Parteifähigkeit an Nicht-Rechtsfähige ist. Dieses Vorgehen des Gesetzes drängt zu dem Schlusse: Ausnahmen von dem in § 50 Abs. 1 CPO aufgestellten Prinzip können nur dann anerkannt werden, wenn sie ausdrücklich im Gesetz sanktioniert sind. Der Nachlaß in der Hand des TV. ist nicht rechtsfähig (vgl. 2. Kap. Z. VI), also nur dann für parteifähig zu erachten, wenn das Gesetz dies ausdrücklich ausspricht; dies ist aber nicht der Fall.

Zur Unterstützung der Hellwigschen Ansicht beruft man sich auch noch auf § 49 Abs. 2 BGB: der Verein (die juristische Person) sei untergegangen; das Vermögen werde in der Hand der Liquidatoren als Sondervermögen zusammengehalten und erhalte selbständige Parteifähigkeit. Dies dürfte nicht durchschlagend sein; einmal kommt in Betracht, daß hier vorher ein rechts- und parteifähiges Subjekt, eine juristische Person, vorhanden war, und außerdem trifft hier eben das zu, was oben verlangt wird, nämlich die ausdrücklich im Gesetz hervorgehobene Ausnahme, insofern es in § 49 Abs. 2 BGB heißt: „Der Verein gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert." Es wird hiemit die frühere Rechtsfähigkeit als noch vorhanden vom Gesetz fingiert. Bei den Hellwigschen selbständigen Sondervermögen fehlt es aber an einer solchen gesetzlichen Grundlage für eine Fiktion der Rechtsfähigkeit.

Für den hier vertretenen Standpunkt, es dürfe eine Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung anerkannt werden, spricht aber entschieden auch das Handelsgesetzbuch, welches bei der offenen Handelsgesellschaft (bezw. bei der Kommanditgesellschaft) ausdrücklich hervorhebt, die Gesellschaft könne als solche klagen und verklagt werden. Eine

ähnliche ausdrückliche Bestimmung hätte auch für den in der Verwaltung des TV. stehenden Nachlaß getroffen werden müssen, wenn man ihm hätte Parteifähigkeit beilegen wollen. Da dies nicht der Fall ist, so darf der Nachlaß in den von dem TV. geführten Prozessen als Partei nicht anerkannt werden, und die Hellwigsche Konstruktion ist auch vom prozeßrechtlichen Standpunkt aus abzulehnen. In der Literatur hat sie wenig Anklang gefunden.[1] Gaupp-Stein[2] nennt es überhaupt ein ungesundes, von der Privatrechtswissenschaft längst abgelehntes Verfahren, etwas zum Rechtssubjekt zu machen, wenn es sich in einer besonderen Rechtslage befinde; damit werden nur juristische Zwitter geschaffen.

Ist hienach weder der Erbe noch der Nachlaß im Rechtsstreit des TV. Partei, so kann nur der TV. selbst Partei sein. Diese Auffassung ist durchaus haltbar; sie steht nicht nur nicht in Widerspruch mit dem Parteibegriff der CPO,[3] sondern läßt sich auch mit den oben gewonnenen Rechtssätzen sehr wohl in Einklang bringen. Der TV. verwaltet zwar ein fremdes Vermögen; er macht als Verwalter die seiner Verwaltung unterliegenden fremden Rechte geltend; er tut dies aber doch nicht in Vertretung eines anderen, sondern in eigenem Namen, eben auf Grund seiner Stellung als TV. und der mit diesem Amte verbundenen Rechte und Pflichten. Auch soweit er auf Ausführung der letztwilligen Anordnungen klagt, handelt er in eigenem Namen als TV.; er begehrt den Rechtsschutz für sich als den Hüter der Interessen des Erblassers.

Gegen die Parteistellung des TV. wird hauptsächlich eingewendet, die Konsequenz wäre, daß der TV. im Fall des Unterliegens persönlich für die Prozeßkosten haften würde. Ist denn diese Konsequenz wirklich unabweisbar? Soll es denn nicht möglich sein, den TV. als solchen vollständig von dem TV. als Privatperson zu trennen? Der TV. ist eben Partei nur als TV., seine persönlichen Beziehungen und Verhältnisse haben ganz außer Betracht zu bleiben. Der TV. prozessiert nicht als Privatperson; als solche wäre er gar nicht prozeßlegitimiert. Wie der TV. im Prozeß nur

---

[1] Vgl. z. B. Kiehl, Zeitschr. f. C.-P. Bd. 30 S. 299 f.

[2] VI. und VII. Aufl., Vorb. Ic vor § 50.

[3] Vgl. die Ausführungen von Bunsen, Zeitschr. f. C.-P. Bd. 26 S. 197 ff., Kiehl, Bd. 30 S. 289, Gaupp-Stein, Vorb. vor § 50, gegen Petersen, „Parteibegriff und Parteifähigkeit“ Bd. 18 S. 1 ff.

in seiner Eigenschaft als TV. und als Verwalter des Nachlasses eine Rolle spielt, so auch bei der Haftung für die Prozeßkosten nur der TV. als solcher und der in seiner Hand befindliche Nachlaß. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet fallen auch die übrigen Einwendungen der Gegner, insbesondere die, daß Widerklagen aus der Person des TV. zulässig seien, daß der TV. aus der Verurteilung das Vollstreckungsrecht erlange und daß sein Tod die Wirkungen des § 239 CPO habe. Der TV. klagt eben nur als TV., deshalb keine Widerklagen aus der Person des TV. Aus der Verurteilung erlangt er freilich das Vollstreckungsrecht, aber nur und gerade als TV. Im Falle des Todes des TV. tritt sein Rechtsnachfolger nur an die Stelle des TV. als Privatperson; das Amt des TV. erlischt mit dem Tode. Die Folgen, welche der Tod des TV. als Privatperson hat, sind eben vollständig zu trennen von denjenigen, welche der Tod des TV. als TV. hat. Die ersteren beurteilen sich nach den allgemeinen Grundsätzen, die letzteren nach besonderen Gesichtspunkten, welche sich aus praktischen Erwägungen und dem Zweck des Instituts der TV.-ung ergeben. Der TV. hat als solcher keinen Rechtsnachfolger im Sinn von § 239 CPO; der entsprechenden Anwendung des § 239 CPO dagegen bezüglich der Art der Aufnahme des Rechtsstreits bei Beendigung des Amtes des TV. steht nichts im Wege. Die Gegner vermischen eben einfach die Stellung des TV. als solchen mit seiner Stellung als Privatperson und unterschieben die hieraus sich ergebenden, natürlich unhaltbaren Konsequenzen der Konstruktion. Wenn man die Stellung des TV. als TV. von seiner Stellung als Privatperson trennt — und diese Scheidung ist m. E. eine durchaus mögliche —, so kommt man einerseits nicht weniger zu vernünftigen Resultaten wie Hellwig, der dies für seine Konstruktion allein behauptet, und andererseits setzt man sich keineswegs in Widerspruch mit der angenommenen prinzipiellen Auffassung.

Das Ergebnis ist also folgendes: Der TV. handelt auch in den von ihm geführten Prozessen in eigenem Namen und zu eigenem Recht auf Grund seines Amtes als TV. Er ist selbst Partei in diesen Prozessen. Seine Parteistellung als TV. ist jedoch scharf zu trennen von seiner Parteistellung als Privatperson und Subjekt seines eigenen Vermögens.

Benützte Literatur.

Andrée, Rechtliche Natur der TV.-ung, insbesondere Recht des TV. auf Besitz und Verwaltung. Freienwalde 1900.

Arnold, Der Testamentsvollstrecker. München 1903.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Aufl.

Böhm, Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. 1900.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 3. Aufl. 1900.

Dernburg, Pandekten. Bd. III, 6. Aufl. 1901.

— Preußisches Privatrecht.

Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. IV, 7. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. III.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. II, 2. Aufl. 1901.

Freudenheim, Rechtliche Stellung des TV. nach BGB und gemeinem Recht. Diss. Erlangen 1900.

Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. 1893.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

— Civilprozeßlehrbuch.

Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.

Märcker, Nachlaßbehandlung. 16. Aufl. 1900.

Maeder, Rechtsstellung des Testamentsexekutors. Berlin 1897.

Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 2. und 3. Aufl.

Meischeider, Letztwillige Verfügungen nach BGB.

Peiser, Das Testamentsrecht. 1902.

Reissner, Befugnis des TV. zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments. Diss. Freiburg 1901.

Schaller, Befugnis des TV. zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit des Testaments. Diss. Göttingen 1901.

Seckt, Beitrag zur Lehre von der TV.-ung. 1900.

Strohal, Das deutsche Erbrecht. 2. Aufl.

Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern. 1898.

Stüve, Zur Prozeßlegitimation des TV., insbesondere gegenüber Ansprüchen der Intestaterben. Diss. Greifswald 1897.

Schefold, Die erbrechtliche Haftungsbeschränkung und der Civilprozeß. Diss. Tübingen 1902.

Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren.

Wolff, Befugnis des TV. zur Führung von Prozessen um die Wirksamsamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments. Diss. Göttingen 1902.

Kommentare:

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB.
Frommhold, Das Erbrecht. 1900.
Gaupp-Stein, Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich. 5. Aufl. 1902 (teilweise 6. und 7. Aufl.).
Herzfelder (bei Staudinger), Kommentar zum BGB. Bd. V. 1902.
Planck-Ritgen, Kommentar zum BGB. Bd. V. 1898.
Scherer, Kommentar zum BGB, Erbrecht.
Wilke-Reatz, Kommentar zum BGB. Bd. V. 1900.

Aus Zeitschriften:

1. Archiv für bürgerliches Recht von Kohler u. a.:
   Brettner, Über Testamentsvollstreckung. Bd. 17 S. 213 ff.
   Literaturnachweise. Bd. 16 S. 298, 19 S. 417.
2. „Das Recht", Jahrgang 1900:
   Böhm, Über Prozeßlegitimation des TV. S. 272 ff.
   Brettner, S. 320 f.
3. Jherings Jahrbücher für Dogmatik:
   Schloßmann, Über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel. Bd. 37 S. 301 ff.
   Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Bd. 43 S. 1 ff.
   Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollziehern nach gemeinem und preußischem Recht. Bd. 20 S. 91 ff.
4. Archiv für die civilistische Praxis:
   Wendt, Unterlassungeu und Versäumnisse. Bd. 92 S. 1 ff.
5. Sächsisches Archiv:
   Förster, Bd. 12 S. 136 ff.
   Marcus, Bd. 8 S. 53 ff.
   Reichel, Bd. 12 S. 176 ff.
   Rüger, Bd. 9 S. 461 ff.
6. Zeitschrift für deutschen Civilprozeß:
   Bunsen, Parteien im Civilprozeß. Bd. 26 S. 197 ff.
   Kiehl, Fintritt in den Prozeß. Bd. 30 S. 289 ff.
   Petersen, Parteibegriff und Parteifähigkeit. Bd. 18 S. 1 ff.

Motive, Kommissionsprotokolle und Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Guttentagsche Ausgabe.
Verhandlungen des 21. deutschen Juristentags. Bd. I und III.